

**06PA03136**

Société industrielle et financière de l'Artois

Lecture du 18 décembre 2008

### **Conclusions de Madame Dominique Samson, commissaire du gouvernement**

A la suite de deux vérifications de comptabilité de la société industrielle et financière de l'Artois (SIFA) portant, d'une part, sur la période du 1<sup>er</sup> juillet 1991 au 30 juin 1994, et d'autre part, sur celle du 1<sup>er</sup> juillet 1994 au 30 juin 1997, l'administration, ayant estimé que la situation de cette société entrainait dans les prévisions de l'article 209 B du code général des impôts, lui a assigné des cotisations d'impôt sur les sociétés et de contributions de 10% sur cet impôt.

La société vous demande d'annuler le jugement du 5 juillet 2006 par lequel le tribunal administratif de Paris a rejeté sa demande de décharge de ces compléments d'impôt sur les sociétés, contribution et pénalités auxquels elle a été assujettie au titre des années 1993 à 1995.

#### I- Sur la régularité de la procédure d'imposition :

1) La société soutient que les vérifications de comptabilités à l'origine des redressements ont duré plus de trois mois alors qu'elle constitue une entreprise industrielle et commerciale au sens de l'article L. 52 du livre des procédures fiscales.

Elle fait valoir que la garantie accordée par l'article L. 52 LPF qui constitue une garantie spécifique offerte à certains contribuables trouve à s'appliquer à tous les contribuables dont les revenus sont imposés dans la catégorie des bénéficiaires industriels et commerciaux et que, dès lors qu'elle est constituée sous la forme d'une SA commerciale, soumise à l'impôt sur les sociétés, les dispositions de l'article L. 52 du LPF lui sont applicables.

La principale question que pose ce moyen porte sur le champ d'application de l'article L 52 du LPF 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 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 CGI ».

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 ?

Le CE 28 mars 2008 n° **284548**, 10<sup>e</sup> et 9<sup>e</sup> s.-s., M<sup>e</sup> Ancel ès qual., liquidateur de la SARL Janfin, RJF 2008, n° 696 a répondu par la négative : 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.

Il y a donc lieu d'examiner si la société est dans le champ de l'article L 52 du LPF dans sa rédaction applicable aux d'années en litige. La société requérante est une société holding qui a pour seule activité la gestion d'un portefeuille de titres liés à des participations dans des sociétés d'administration de biens et ne perçoit que des produits financiers. Elle ne peut être regardée ni comme une entreprise industrielle et commerciale réalisant un chiffre d'affaires ni comme un contribuable dont l'activité non commerciales lui procure des recettes au sens de l'article L. 52 LPF. L'article L 52 ne trouve donc pas à s'appliquer.

Est inopérant le fait que l'article L. 52 A du LPF, adopté postérieurement à la procédure de vérification en cause, exclut de la garantie prévue par l'article L. 52 des entreprises détenant des titres de participation dont le montant total est supérieur au plafond qu'il détermine.

2) La société critique, en 2<sup>ème</sup> lieu, les mises en demeure de produire les déclarations de résultats pour les années 1993 à 1995 exigibles des sociétés situées dans les zones à régime fiscal privilégié et fait valoir que l'administration n'a pas respecté les dispositions de l'article 102 SA de l'annexe II au code en ne lui adressant pas une demande d'explication avant de lui envoyer une mise en demeure de produire la déclaration prévue par l'article 102 Z, d'autre part que l'administration n'a pas établi au préalable le caractère privilégié de la filiale.

Mais ces moyens sont inopérants dès lors que les impositions en litige n'ont pas fait l'objet d'une procédure de taxation d'office pour défaut de déclaration, l'administration ayant eu recours en l'espèce à la procédure de redressement contradictoire. Aucune conséquence n'a donc été tirée de ces mises en demeure et la société n'a été privée d'aucune garantie.

## II- Sur le bien-fondé des redressements :

### 1°) sur les modalités d'appréciation de la détention directe et indirecte :

La société SIFA détenait, depuis le 28 septembre 1992, 20,24% des parts et 27,11% des droits de vote de la société Plantations des Terres Rouges, laquelle est domiciliée au Vanuatu. Cette

dernière société possédait elle-même entre 97,10% et 99,99% du capital des sociétés Gesterim et SFA Ltd, domiciliées aux Iles Caïman, ainsi que des sociétés Redlands Holding, Esteral Services et SFA Ltd, domiciliées respectivement au Luxembourg, au Panama et à Hong-Kong. L'administration a considéré qu'elle y détenait des droits de vote dans les mêmes proportions. Elle a, en conséquence, multiplié le taux représentant les droits détenus dans chacune de ces sociétés par le taux de 27,11%. Le résultat étant dans tous les cas supérieur à 25%, elle en a conclu que la société SIFA était passible de l'impôt sur les sociétés à raison des bénéfices dégagés par chacune des sociétés étrangères dans lesquelles elle détenait des participations et a imposé entre les mains de la société requérante les bénéfices de ces six sociétés en applications des dispositions de l'article 209 B du code.

Cet article, qui constitue entre les mains de l'administration fiscale, un instrument de lutte contre l'évasion fiscale, a été instauré par l'article 70 de la loi n° 80-30 du 18 janvier 1980. Il permet, sous certaines conditions, l'imposition en France au nom d'une société française des résultats réalisés hors de France par une société étrangère dont le capital est détenu de façon importante par la société française. Il a fait l'objet de deux modifications intervenues en 1990 (loi 90-1169 du 29 décembre 1990) et 1992 (loi 92-1376 du 30 décembre 1992).

L'imposition prévue au I de cet article, qui s'applique aux opérations effectuées avant le 30 septembre 1992, vise l'ensemble des entreprises françaises passibles de l'impôt sur les sociétés qui détiennent directement ou indirectement 25% au moins des actions ou parts d'une société établie dans un Etat étranger ou un territoire situé hors de France et qui sont soumis à un régime fiscal privilégié au sens de l'article 238 A du code général des impôts.

L'imposition qui est instituée au I bis du même article s'applique aux opérations effectuées à compter du 30 septembre 1992. Elle concerne les personnes morales passibles de l'impôt sur les sociétés qui exploitent une entreprise hors de France ou détiennent directement ou indirectement 10% au moins des actions, parts, droits financiers ou droits de vote dans une société ou un groupement, établi hors de France, ou détiennent dans une telle société ou groupement une participation dont le prix de revient est égal ou supérieur à 150 millions de francs, si cette entreprise, cette société ou ce groupement est soumis à un régime fiscal privilégié au sens mentionné à l'article 238 A.

Toutefois, les règles du dispositif prévu au I bis relatives à l'appréciation de la détention directe ou indirecte, au régime fiscal privilégié et à la détermination des résultats bénéficiaires de l'entité étrangère s'appliquent pour la détermination des résultats de cette entité clos à compter du 31 décembre 1992.

L'article 209 B comporte ainsi deux dispositifs :

- celui qui concerne les prises de participations ou les créations de filiales ou sous-filiales à l'étranger antérieures au 30 septembre 1992, comme en l'espèce, puisque la prise de participation de la société SIFA dans la société Plantations des Terres Rouges a eu lieu le 28 septembre 1992, auxquelles s'applique un seuil de déclenchement de 25 % de participation.
- et celui qui concerne les prises de participations ou les créations de filiales ou sous-filiales effectuées à partir du 30 septembre 1992, auxquelles d'appliquent un seuil de déclenchement de 10% de participation ou un seuil en valeur de la participation.

Et, en toute hypothèse, l'appréciation de la détention directe et indirecte s'effectue selon les modalités prévues pour le nouveau dispositif.

La requérante soutient que les droits de vote ne doivent pas être pris en compte pour la détermination de sa participation dans la société Plantations des Terres Rouges. Pour la société, la prise en compte des droits de vote ne relève pas de la « détermination de la détention ». Selon elle, cette expression ne viserait qu'à légaliser une doctrine administrative concernant uniquement les cas de portage et de détention indirecte par une chaîne de participations ou une communauté d'intérêt, étant entendu que ces modalités d'imposition ne s'appliqueraient toujours qu'aux actions et parts uniquement.

Rappelons que la société détient 20% de parts de capital des sociétés étrangères alors que sa part des droits de vote est de 27%.

Si vous suiviez la société dans son raisonnement, son moyen serait fondé : vous ne prendriez en compte que les actions ou parts c'est-à-dire la participation au capital et ainsi le seuil de 25 % de détention directe ou indirecte dans la société Plantations des Terres Rouges ne serait pas franchi.

Mais une lecture attentive de l'article 209 B permet de démontrer que la société requérante fait une interprétation erronée de la loi : le régime initial de l'article 209 B visait la possession « d'actions ou de parts ». Le régime de l'article 209 B-I bis se réfère aux « actions, parts, droits financiers ou droits de vote » détenus directement ou indirectement par une société française dans une société étrangère.

Il faut prendre en compte, pour la détermination de la détention directe ou indirecte, non seulement les actions, parts, mais également les droits financiers ou droits de vote.

Le moyen de la requérante sera écarté.

## 2°) sur le régime fiscal privilégié des filiales et sous-filiales :

La société SIFA soutient que la société Plantations des Terres Rouges n'est pas soumise à un régime fiscal privilégié.

Cette notion de « régime fiscal privilégié » est définie par l'article 238 A du code auquel renvoie l'article 209 B, comme l'Etat ou le territoire où les sociétés ne sont pas imposables ou sont soumises à un taux d'imposition notablement moins élevé qu'en France. Lorsque l'administration se prévaut de ces dispositions, elle doit justifier que le régime fiscal auquel est soumise la société hors de France est privilégié en comparaison avec celui auquel elle serait soumise si elle était française (CE 2 avril 2003, n° 237751, société d'Edition des artistes peignant de la bouche et du pied, RJF2003, n° 693).

En l'espèce, la société Plantations des Terres Rouges est établie dans deux Etats différents : son siège social est au Vanuatu mais elle dispose d'un établissement en Malaisie, qui exerce une activité industrielle et commerciale alors que le siège a une activité de holding recevant des dividendes en particulier de la société française Financière des Terres Rouges. La société Plantations des Terres Rouges constitue donc une holding « mixte ».

Doit-on prendre en compte l'imposition à laquelle est soumise la société Plantations des Terres Rouges à raison de l'activité industrielle et commerciale de l'établissement établi en Malaisie pour l'application de l'article 238 A du code ou ne doit-on prendre en compte que l'imposition à laquelle ladite société est soumise dans l'Etat de son siège, le Vanuatu ?

Etant établie à l'étranger dans deux Etats différents, l'appréciation du caractère éventuellement privilégié du régime fiscal de la société ne peut, contrairement à ce que voudrait faire juger l'administration, prendre en compte uniquement l'imposition à laquelle elle est soumise dans l'Etat de son siège, le Vanuatu. La société supporte des impositions certes très faibles dans ce pays, mais elle est aussi imposée en Malaisie à raison de l'activité de son établissement industriel et commercial. C'est donc l'imposition globale à l'étranger de la société Plantations des Terres Rouges qui doit être comparée à celle qu'elle supporterait en France. Peu importe la circonstance que l'établissement situé en Malaisie pourrait être qualifié comme un « établissement stable » qui y serait imposé séparément, dès lors qu'il n'est pas contesté que c'est la société Plantations des Terres Rouges qui supporte l'imposition, l'établissement n'ayant pas de personnalité juridique distincte.

Le défendeur fait valoir que la prise en compte exclusive de l'activité de la société Plantations des Terres Rouges au Vanuatu découlerait de la règle posée par le 3 du Ibis de l'article 209 B, rendu applicable au I, selon laquelle « le bénéfice est déterminé selon les règles fixées par le présent code », règles qui incluraient les règles de territorialité. Il s'agirait donc de transposer les règles de territorialité applicables aux rapports entre la France et l'étranger aux rapports entre deux Etats dans lesquels est établie une société étrangère. Cette lecture du texte lui donne une portée excessive. La règle en question concerne en réalité la « détermination du bénéfice » au sens strict, une fois délimitée sa limite territoriale.

La requérante soutient sans être contredite que la société Plantations des Terres Rouges a supporté, en tenant compte de l'établissement malaisien, une imposition équivalant à 1 905 000 F en 1994 alors que l'impôt sur les sociétés qu'elle aurait supporté en France aurait été de 2 049 007 F, soit une somme équivalente.

Cette imposition globale n'est donc pas notablement inférieure à celle que la société aurait supportée en France. Le caractère privilégié du régime fiscal appliqué à la société Plantations des Terres Rouges n'est par suite pas établi et l'administration n'était pas en droit d'imposer entre les mains de la société SIFA les bénéfices de la société Plantations des Terres Rouges.

Nous vous proposons par suite de prononcer la décharge des compléments d'imposition auxquels la SOCIETE INDUSTRIELLE ET FINANCIERE DE L'ARTOIS a été assujettie à raison de ladite société, s'élevant, pour l'impôt sur les sociétés aux sommes respectives de 712 151 F, 525 329 F et 82 162 F au titre des années 1993 à 1995 et à 8 216 F pour la contribution additionnelle sur l'impôt sur les sociétés établie au titre de l'année 1995, droits et intérêts de retard compris.

En revanche, il n'est pas contesté que les sociétés dans lesquelles la requérante détenait des participations indirectes supérieures à 25 % par l'intermédiaire, notamment, de la société Plantations des Terres Rouges, étaient soumises à des régimes fiscaux privilégiés. Il n'est pas soutenu que les opérations de ces sociétés n'avaient pas principalement pour effet de permettre la localisation de bénéfices dans un Etat ou territoire où elles étaient soumises à de tels régimes. Les dispositions de l'article 204 B leur étaient par suite applicables, sous réserve, s'agissant de la société Redland Holding dont le siège social est au Luxembourg, que cette application ne porte pas irrégulièrement atteinte au principe de liberté d'établissement.

3°) En ce qui concerne la conformité des dispositions de l'article 209 B avec le principe de liberté d'établissement :

L'article 43 du traité instituant la communauté européenne interdit les restrictions à la liberté d'établissement des ressortissants d'un Etat membre dans le territoire d'un autre Etat membre. Cette interdiction s'étend également aux restrictions à la création d'agences, de succursales ou de filiales, par les ressortissants d'un Etat membre établis sur le territoire d'un Etat membre. La Cour de Justice des Communautés européennes juge que la lutte contre l'évasion fiscale n'est en principe pas un motif suffisant pour justifier une discrimination ou une entrave à une liberté garantie par le Traité et notamment la liberté d'établissement. Elle réserve toutefois le cas où des restrictions à la liberté communautaire auraient pour objet spécifique d'exclure d'un avantage fiscal les montages purement artificiels dont le but serait de contourner la législation nationale (CJCE 16 juillet 1998, aff. 264/96, ICI, RJF 11/98, n° 1382, point 26 ou plus récemment, 12 septembre 2006, aff. 196/04, Cadbury Schweppes).

Il faut donc se demander si la présente espèce correspond à un cas de « montage purement artificiel » auquel cas l'application de l'article 209 B ne méconnaîtrait pas le principe de liberté d'établissement.

Le ministre souligne que la requérante « ne démontre en rien le caractère effectif de l'activité de sa filiale luxembourgeoise, ni la réalité de la valeur ajoutée par sa filiale ».

La requérante, qui a été ainsi mise à même de justifier de la réalité de l'implantation au Luxembourg, ne donne aucun élément sur les moyens qui s'y trouvaient, en personnel, locaux, équipements, ni sur les opérations effectuées par la société dans son rôle de holding, ni sur son autonomie par rapport à la mère.

Vous pourrez considérer, par suite, que l'application de l'article 209 ne méconnaît pas en l'espèce l'article 43.

Les modifications apportées aux dispositions de l'article 209 B par l'article 104 de la loi n° 2004-1484 du 30 décembre 2004 ne sont pas de nature à révéler que les dispositions de ce texte applicables au présent litige seraient incompatibles dans une mesure différente avec le principe de liberté d'établissement.

Il en va de même des moyens invoquant une méconnaissance des principes de loyauté et d'égalité de traitement posés par les articles 10 et 12 du même traité, qui invoquent en fait également une méconnaissance de l'article 43.

Il résulte de tout ce qui précède que la SOCIETE INDUSTRIELLE ET FINANCIERE DE L'ARTOIS est seulement fondée à soutenir que c'est à tort que, par le jugement attaqué, le tribunal administratif de Paris a refusé de réduire des sommes respectives de 712 151 F, 525 329 F et 82 162 F les compléments d'impôt sur les sociétés et les intérêts de retard y afférents auxquels elle a été assujettie au titre des années 1993 à 1994 et de la somme de 8 216 F les compléments de contribution supplémentaire à l'impôt sur les sociétés et les intérêts de retard y afférents auxquels elle a été assujettie au titre de l'année 1995.

Ses conclusions tendant à l'application des dispositions de l'article l'article L. 761-1 du code de justice administrative ne peuvent qu'être rejetées dès lors qu'elles ne sont pas chiffrées.

Nous vous proposons de mettre à la charge de l'Etat au bénéfice de la société SIFA la somme de 1500 € sur le fondement de l'article L. 761-1 CJA.

PCMNC :

-réduction des compléments d'impôt sur les sociétés et les intérêts de retard y afférents mis à la charge de la SOCIETE INDUSTRIELLE ET FINANCIERE DE L'ARTOIS au titre des années 1993 à 1995 à concurrence des sommes respectives de 712 151 F, 525 329 F et 82 162 F.

-réduction du complément de contribution additionnelle à l'impôt sur les sociétés et les intérêts de retard y afférents mis à la charge de la SOCIETE INDUSTRIELLE ET FINANCIERE DE L'ARTOIS au titre de l'année 1995 à hauteur de la somme de 8 216 F.

-mise à la charge de l'Etat au bénéfice de la société SIFA la somme de 1500 € sur le fondement de l'article L. 761-1 CJA.

-rejet du surplus de la requête.