

P011

Revue de

DROIT FISCAL

15 SEPTEMBRE 2011, HEBDOMADAIRE, N° 37 - ISSN 1279-8436

Directeur scientifique :
Patrick DIBOUT

Rédacteur en chef :
Thomas JACQUEMONT

FUSIONS

502 Assimilation des dissolutions-confusions aux fusions

De l'art d'interpréter les lois : quand le Conseil d'État
édicte une nouvelle règle

CE, 17 juin 2011, SARL Méditerranée automobiles, conclusions
Pierre COLLIN, note Pierre-François RACINE

503 Refus d'agrément pour le transfert des déficits de holdings pures

CAA Douai, 8 mars 2011, SAS Numéricâble, concl. Patrick MINNE, note
Roland POIRIER

504 Créance de report en arrière de déficits et Convention EDH

CAA Marseille, 14 avr. 2011, min. c/ Sté Bellon, note Jean DUBOIS

Également cette semaine

497 **Chronique** - Fiscalité financière,
par C. ACARD

499 **RCM** - Avantage occulte en cas de
vente d'actions à un prix majoré
(CE, 19 juill. 2011, concl. D. HEDARY)

501 **BIC** - Provisions pour frais infor-
matiques liés au passage à l'euro
(CE, 16 mai 2011)

506 **Procédures fiscales** - ESFP et
non-résidents (CE, 27 avr. 2011,
concl. L. OLLÉON)

de la loi de finances rectificative pour 2003. Mais il serait illogique qu'une loi interprétative, censée faire corps avec la loi interprétée, n'ait qu'un objet doctrinal. Sa raison d'être est de pouvoir être appliquée à des litiges en cours sous réserve des décisions de justice passées en force de chose jugée. Dès lors, la différence avec les lois de validation devient ténue au point que le concept même de loi interprétative ait pu être contesté en jurisprudence administrative (cf. CE, avis, ass., 7 juill. 1989, n° 106284, C^{te} financière et industrielle des autoroutes (Cofiroute) : Dr. fisc. 1990, n° 11, comm. 553, concl. Ph. Martin ; RJF 11/1989, n° 1170. – Concl. J. Arrighi de Casanova sous CE, ass., 27 oct. 1995, n° 150703, Mattio : JurisData n° 1995-047648 ; AJDA 1996, n° 1, p. 57 et s., concl. J. Arrighi de Casanova ; RJF 12/1995, n° 1410 ; BDCF 12/1995, n° 20). Mais le Conseil d'État, s'appuyant sur la directive « fusions » pour interpréter *ab initio* la loi française de transposition, a fait l'économie de ce détour par le caractère interprétatif de la loi de finances pour 2002 qui n'est qu'une conséquence de son raisonnement alors qu'il aurait pu servir de point de départ.

12 – Enfin une autre voie aurait permis de donner satisfaction à la société requérante. En admettant même qu'à l'origine le terme « fusions » de l'article 210 A n'englobât pas les dissolutions-confusions, une discrimination « à rebours » apparaissait en droit interne jusqu'à l'entrée en vigueur de la loi de finances pour 2002, puisque les opérations de dissolution-confusion qui sont économiquement des fusions se trouvaient exclues du régime de faveur. Or sous l'angle du principe d'égalité en droit interne, cette discrimination est critiquable (CE, 10^e et 9^e ss-sect., 6 oct. 2008, n° 310146, C^{te} des architectes en chef des monuments historiques : JurisData n° 2008-074267 ; JCP A 2008, act. 890, annulant un décret comportant une discrimination « à rebours » sans motif d'intérêt général). S'agissant

de la loi et au prix d'une question prioritaire de constitutionnalité judicieusement rédigée, le débat aurait pu être porté devant le Conseil constitutionnel.

On signalera d'ailleurs que dans ses conclusions sous l'affaire *Leur-Bloem*, l'avocat général avait suggéré que « le résultat obtenu en étendant aux situations purement internes certains avantages garantis par une directive uniquement applicable aux situations intracommunautaires pourrait également être atteint par une règle adéquatement formulée proscrivant la discrimination à rebours ».

13 – Pour l'avenir, le meilleur remède est que le législateur national lorsqu'il se livre à l'exercice de transposition reprenne, s'il l'estime opportun, les définitions même de la directive. C'est d'ailleurs ce qu'a fait – sagement à notre sens – le législateur à l'occasion de la transposition de la directive n° 2003/49/CE du Conseil du 3 juin 2003 concernant un régime fiscal commun applicable aux paiements d'intérêts et de redevances entre les sociétés d'États membres différents. Cette directive a été transposée par la loi n° 2003-1312 du 30 décembre 2003 de finances rectificative pour 2003 qui a créé deux articles nouveaux, les articles 119 *quater* et 182 B *bis* du CGI, lesquels comportent un renvoi implicite, mais transparent, à la directive sur deux points cruciaux, savoir les termes « intérêts » et « redevances » dont la définition est donnée « pour l'application du présent article ».

Pierre-François RACINE,
président de section au Conseil d'État

MOTS-CLÉS : Transmissions universelles de patrimoine (TUP) - Assimilation aux fusions - Régime applicable avant la loi de finances pour 2002

JURISCLASSEUR : Fiscal ID, Fasc. 1130-20, P. Gastineau

503 Refus d'agrément pour le transfert des déficits de holdings pures

Selon la cour administrative d'appel de Douai, il ressort des travaux parlementaires relatifs à l'article 209, II du CGI dans sa rédaction issue de la loi de finances pour 2005 qu'en abrogeant les règles de plafonnement des déficits transférables en fonction de la valeur brute ou de la valeur d'apport des immobilisations affectées à l'exploitation, hors immobilisations financières, le législateur a seulement entendu tirer les conséquences de l'entrée en vigueur des nouvelles normes comptables relatives à l'évaluation et à l'amortissement des actifs, et non autoriser le transfert des déficits des sociétés n'ayant d'autre objet que la simple détention de titres de participation.

CAA Douai, 2^e ch., 8 mars 2011, n° 09DA00967, SAS Numéricâble, concl. P. Minne, note R. Poirier

● Considérant, qu'en application des dispositions de l'article 1844-5 du Code civil et par acte du 30 août 2005, la société NC Numéricâble Zone Nord, société en nom collectif ayant opté en faveur de son assujettissement à l'impôt sur les sociétés et intégralement détenue par la société NC Numéricâble, a été dissoute dans cette dernière société, sous le régime fiscal prévu à l'article 210 A du Code général des impôts ; que, par une décision en date du 11 juillet 2006, le ministre de l'économie, des finances et de l'industrie leur a refusé le bénéfice de l'agrément prévu au II de l'article 209 du même code, auquel était subordonné le transfert à la société NC Numéricâble des déficits

antérieurs non encore déduits par la société NC Numéricâble Zone Nord ; que la SAS Numéricâble, venue aux droits de la société NC Numéricâble, relève appel du jugement en date du 7 mai 2009 par lequel le tribunal administratif de Lille a rejeté sa demande tendant à l'annulation, pour excès de pouvoir, de cette décision ;

Sur la régularité du jugement attaqué :

● Considérant que, pour écarter le moyen tiré de ce que les déficits de la société NC Numéricâble Zone Nord faisant l'objet de la demande de transfert provenaient des activités opérationnelles déficitaires des sociétés en nom collectifs NC Numéricâble Côte d'Opale et NC Numéricâble Région Nord-Pas-de-Calais, dont elle était associée majoritaire et dont les résultats étaient imposables entre ses mains à l'impôt sur les sociétés, les premiers juges, qui n'étaient pas tenus de répondre à tous les arguments soulevés, ont retenu que ladite société ne pouvait être regardée comme ayant exercé l'activité des sociétés dont elle était membre et noté que ces dernières sociétés ont poursuivi leurs activités postérieurement à l'absorption de la société NC Numéricâble Zone Nord par la SAS Numéricâble ; que le moyen tiré de ce qu'il aurait été omis de statuer sur ledit moyen manque donc en fait ;

Sur les conclusions à fin d'annulation :

● Considérant qu'aux termes du II de l'article 209 du Code général des impôts, dans sa rédaction applicable en l'espèce, issue de l'article 42 de la loi n° 2004-1485 du 30 décembre 2004, portant loi de finances pour 2005 : « En cas de fusion ou opération assimilée placée sous le régime de l'article 210 A, les déficits antérieurs et la fraction d'intérêts mentionnée au sixième alinéa du 1 du II de l'article 212 non encore déduits par la société absorbée ou apporteuse sont transférés, sous réserve d'un agrément délivré dans les conditions prévues à l'article 1649 *nonies*, à la ou aux sociétés bénéficiaires des apports,

et imputables sur ses ou leurs bénéfices ultérieurs dans les conditions prévues respectivement au troisième alinéa du I et au sixième alinéa du 1 du II de l'article 212. En cas de scission ou d'apport partiel d'actif, les déficits transférés sont ceux afférents à la branche d'activité apportée. L'agrément est délivré lorsque : a. L'opération est justifiée du point de vue économique et obéit à des motivations principales autres que fiscales ; b. L'activité à l'origine des déficits ou des intérêts dont le transfert est demandé est poursuivie par la ou les sociétés bénéficiaires des apports pendant un délai minimum de trois ans ; qu'il ressort des travaux parlementaires relatifs à ces dispositions qu'en abrogeant les règles de plafonnement des déficits transférables en fonction de la valeur brute ou de la valeur d'apport des immobilisations affectées à l'exploitation, hors immobilisations financières, posées par l'article 89 de la loi n° 2001-1275 du 28 décembre 2001 portant loi de finances pour 2002, le législateur a seulement entendu tirer les conséquences de l'entrée en vigueur des nouvelles normes comptables relatives à l'évaluation et à l'amortissement des actifs, et non autoriser le transfert des déficits des sociétés n'ayant d'autre objet que la simple détention de titres de participation ;

- Considérant, en premier lieu, qu'il est constant que l'objet de la société NC Numéricable Zone Nord, laquelle ne réalisait aucun chiffre d'affaires, ne rendait aucune prestation de services au sein du groupe, n'employait aucun salarié et ne constatait aucun produit, ni charge d'exploitation, se limitait à la détention, en tant que holding, de titres de participation au capital des sociétés en nom collectifs NC Numéricable Côte d'Opale et NC Numéricable Région Nord-Pas-de-Calais, lesquelles n'avaient pas opté pour le régime fiscal des sociétés de capitaux ; qu'en estimant, dans ces conditions, qu'elle n'exerçait pas d'activité, au sens des dispositions précitées de l'article 209 du Code général des impôts, susceptible d'être poursuivie par la société NC Numéricable, le ministre de l'économie, des finances et de l'industrie n'a pas fait une inexacte application desdites dispositions ;

- Considérant, en deuxième lieu, que la circonstance que le déficit global de 14 487 839 euros présenté par la société NC Numéricable Zone Nord à la clôture de l'exercice clos le 31 mars 2005 résultait de l'imputation sur ses propres résultats, par application des dispositions des articles 8, 206 et 218 bis du Code général des impôts, des déficits, d'un montant cumulé de 14 910 019 euros, générés en 2002 et 2005 par l'activité des sociétés translucides NC Numéricable Côte d'Opale et NC Numéricable Région Nord-Pas-de-Calais, a été à bon droit écartée comme inopérante par le ministre dès lors qu'il est constant que lesdites sociétés n'étaient pas parties à l'opération de fusion concernée par la demande d'agrément et ont continué d'exercer leurs activités postérieurement à ladite opération ;

- Considérant, en troisième lieu, que les dispositions précitées du II de l'article 209 du Code général des impôts, qui fixent uniquement les conditions du transfert à la société absorbante des déficits non encore déduits de la société absorbée, n'ont ni pour objet, ni pour effet, contrairement à ce que soutient la SAS Numéricable, de transférer à la société absorbante le droit d'imputer sur ses propres résultats les déficits antérieurs des filiales translucides de la société absorbée ; qu'ainsi le moyen tiré de ce que la dissolution sans liquidation de la société NC Numéricable Zone Nord impliquait nécessairement le transfert à la société NC Numéricable des déficits générés par l'activité des sociétés translucides NC Numéricable Côte d'Opale et NC Numéricable Région Nord-Pas-de-Calais, doit être écarté ;

- Considérant qu'il résulte de tout ce qui précède que la SAS Numéricable n'est pas fondée à soutenir que c'est à tort que, par le jugement attaqué, le tribunal administratif de Lille a rejeté sa demande d'annulation de la décision du ministre de l'économie, des finances et de l'industrie en date du 11 juillet 2006 ;

(...)

CONCLUSIONS

1 – Le groupe Numéricable est actuellement le principal câble-opérateur de télévision et fournisseur d'accès à Internet par câble en France. Il a connu plusieurs opérations de restructuration. À l'origine de la présente affaire, se trouvent 2 sociétés de personnes, les sociétés

en nom collectif NC Numéricable Côte d'Opale et NC Nord/Pas-de-Calais. Ces sociétés, aux résultats inégalement déficitaires, étaient détenues pour presque la totalité de leurs parts (plus de 98 %) par une autre société en nom collectif mais qui avait, celle-là, opté pour l'assujettissement à l'impôt sur les sociétés, la société NC Numéricable Zone Nord. Par acte du 30 août 2005, cette dernière société a été dissoute sans liquidation par une autre SNC encore, dénommée NC Numéricable (sans suffixe), qui détenait la totalité de ses parts. Cette fusion, réalisée avec effet rétroactif au 1^{er} avril 2005, en application des dispositions de l'article 1844-5 du Code civil, a conduit la SNC NC Numéricable, absorbante, à solliciter l'agrément prévu au II de l'article 209 du CGI, pour que les déficits de la société absorbée lui soient transférés.

Par décision du 11 juillet 2006, le ministre a rejeté cette demande.

Peu avant cette date, la SNC NC Numéricable absorbante avait elle-même été absorbée, par acte du 30 juin 2006, par une société de capitaux, la société par actions simplifiée Numéricable, laquelle vient aux droits de la précédente dans l'instance qui été engagée devant la juridiction administrative.

Après que l'affaire a été attribuée au tribunal administratif de Lille, cette juridiction a rejeté le recours en excès de pouvoir formé contre le refus d'agrément, par un jugement du 7 mai 2009 qui est la décision frappée d'appel.

2 – Le litige soulevé porte sur les conditions d'application de l'article 209, II du CGI, dans sa rédaction issue de l'article 42 de la loi n° 2004-1485 du 30 décembre 2004 de finances pour 2005 (*Dr. fisc. 2005, n° 5, comm. 149*). Suivant ce texte, en cas de fusion ou d'opération assimilée placée sous le régime de l'article 210 A du CGI, les déficits antérieurs, notamment, sont transférés, sous réserve d'un agrément délivré dans les conditions prévues à l'article 1649 nonies du CGI, à la société bénéficiaire des apports, et imputables sur ses bénéfices ultérieurs, sous certaines conditions. Ce texte précise, dans ses a) et b), que l'agrément est délivré lorsque l'opération est justifiée du point de vue économique et obéit à des motivations principales autres que fiscales et lorsque l'activité à l'origine des déficits ou des intérêts dont le transfert est demandé est poursuivie par la société bénéficiaire des apports pendant un délai minimum de trois ans.

Ces dispositions constituent une exception à la règle générale de l'identité d'entreprise selon laquelle les déficits d'une entreprise ne peuvent être reportés en avant que sur les résultats de cette même entreprise (*CE, plén., 8 juin 1990, n° 92501, Sté des grandes entreprises de distribution Immo France : Rec. CE 1990, p. 152 ; Dr. fisc. 1991, n° 5, comm. 138 ; RJF 1990, n° 979*).

Le transfert est, dans ce cadre dérogatoire, subordonné à l'obtention d'un agrément administratif qui est délivré si les trois conditions posées par le texte sont satisfaites, à savoir, donc, l'application du régime spécial de l'article 210 A du CGI, la justification économique de l'opération et la poursuite pendant au moins trois ans de l'activité à l'origine des déficits dont le transfert est demandé.

3 – Le présent litige porte sur la dernière de ces trois conditions, qui repose sur l'application d'un critère objectif de maintien d'une activité pendant trois ans.

Pour refuser l'agrément, le ministre a considéré que la SNC NC Numéricable Zone Nord absorbée n'avait pas une « activité » au sens des textes en litige. Et, pour contester ce refus, la société requérante n'articule, à titre principal, qu'un moyen unique, tiré d'une erreur de droit dans l'appréciation du b du II de l'article 209 du CGI, en ce sens que le champ d'application de ce texte devrait inclure l'activité de gestion, par une société holding, des titres de participation dans le capital de ses filiales.

Il est donc inutile, selon nous, de chercher à savoir si contrôle de légalité que vous exercez sur le refus d'agrément est d'intensité basse ou, au contraire, normale puisque, dans tous les cas où est en litige un

refus d'agrément, qu'il soit discrétionnaire ou de plein droit, le juge contrôle au moins l'erreur de droit et l'erreur matérielle des faits.

Disons tout de même rapidement, sur les faits, que la qualification de holding pur donnée par l'Administration à la SNC NC Numéricable Zone Nord absorbée n'est pas contestée. Il est en effet constant que la société absorbée ne réalisait aucun chiffre d'affaires, ne rendait aucune prestation de services au sein du groupe, ni n'employait aucun salarié et ne constatait aucun produit, ni charge d'exploitation. N'est pas davantage contesté le fait que la société absorbée a récupéré les déficits des SNC NC Numéricable Côte d'Opale et NC Numéricable Nord/Pas-de-Calais, à proportion de ses participations quasi-totale dans le capital de ces deux sociétés de personnes relevant de l'article 8 du CGI et, donc, fiscalement transparentes.

4 – L'Administration, pour refuser l'agrément, a manifestement fait application de sa propre doctrine, exprimée dans la réponse ministérielle à M. de Richemont, sénateur (*Rép. min. n° 17801 à M. de Richemont : JO Sénat Q 30 mars 2006, p. 923 ; Dr. sociétés 2006, comm. 118, note J.-L. Pierre*). Celle-ci place hors du domaine d'application de la mesure dérogatoire prévue à l'article 209, II du CGI les déficits des sociétés de holding pur, la loi fiscale étant interprétée comme la réservant aux opérations de restructuration d'activités opérationnelles.

Certains auteurs critiquent fermement cette interprétation (*Doc. fisc. Lefebvre, IS-VI-17310*). La société requérante s'appuie sur la lecture ouverte de l'article 209, II préconisée par l'éditeur pour observer qu'en l'absence de définition formelle de la notion d'activité de la société apportée, il n'y a pas lieu d'y ajouter une condition non prévue par la loi. Elle souligne de plus qu'il convient de tirer toutes les conséquences des modifications apportées à l'article 209 par l'article 42 de la loi de finances rectificative pour 2004 qui supprime les règles de plafonnement des déficits transférables en fonction de la valeur brute ou de la valeur d'apport des immobilisations affectées à l'exploitation.

Les tribunaux administratifs, seuls à s'être prononcés à notre connaissance sur la controverse, sont divisés sur la question. Outre celui de Lille à l'origine du jugement attaqué (signalé en C+), le tribunal de Paris s'est rallié à une qualification stricte de la notion d'activité (*TA Paris, 6 oct. 2010, n° 0716226, Sté Financière Breval : JurisData n° 2010-031012. – TA Paris, 1^{re} ch., sect. 2, 14 déc. 2010, n° 0713039/2, SA Korian : JurisData n° 2010-029369, concernant un refus d'agrément demandé sur le fondement de l'article 223, I, 6° du CGI*). Mais le tribunal administratif de Rennes a pris une position contraire, cf. *TA Rennes, 2^e ch., 26 févr. 2009, n° 061980, Sté Sygmatel : JurisData n° 2009-024020, signalé en B*).

5 – Le recours aux travaux parlementaires préalables à l'adoption de la loi de finances pour 2002 et de la loi de finances rectificative pour 2004, permet, selon nous, de réfuter la thèse selon laquelle le bénéfice du texte fiscal devrait être étendu aux sociétés exerçant une pure activité financière.

Il ressort clairement des travaux parlementaires que le maintien de l'agrément administratif et des autres conditions posées par le texte vise précisément à éviter la constitution de marchés de déficits par la mise en place de sociétés coquilles (rapport n° 1976 par M. Carrez, député, sur le projet de loi de finances rectificatives pour 2004, article 33 ; rapport n° 114 fait par M. Marini, sénateur, déposé le 15 décembre 2004 sur la loi de finances rectificatives pour 2004, article 33). Ces travaux permettent, de plus, de nourrir la conviction que le déplaçonnement des déficits transférés en fonction de la valeur des immobilisations apportées ne doit pas être compris comme une extension du champ d'application du dispositif à toutes les activités. En effet, les parlementaires soulignent qu'il s'agit d'une mesure technique, destinée à adapter la fiscalité aux nouvelles normes comptables.

Si vous adoptez la lecture étroite de l'article 209, II, b du CGI qui impliquent ces travaux parlementaires, le moyen tiré de ce que le ministre aurait, au prix d'une erreur de droit, considéré que la SNC NC Numéricable Zone Nord n'exerçait pas une activité au sens ce texte, devrait être écarté.

6 – Un autre moyen, soulevé à titre subsidiaire, consiste à revendiquer l'imputation, en tout état de cause, des déficits engendrés par les deux sociétés NC Côte d'Opale et NC Nord/Pas-de-Calais sur les résultats des sociétés NC Numéricable Zone Nord puis par les SNC et SAS Numéricable qui se succéderont par la suite, par l'effet même de la transparence fiscale des filiales déficitaires.

Mais il est constant que ces deux filiales sociétés de personnes soumises à l'article 8 du CGI à l'origine des déficits n'étaient pas parties à l'opération de dissolution sans liquidation. Faute, pour ces entités, de revêtir la qualité de sociétés absorbées au sens de l'article 209, II, qui s'appliquent entre sociétés soumises à l'impôt sur les sociétés, le moyen est inopérant.

Par ces motifs, nous concluons au rejet de la requête.

Patrick MINNE,
rapporteur public

NOTE

1 – L'Administration a refusé à la société NC Numéricable l'autorisation de transférer les déficits de sa société filiale absorbée au motif qu'elle était une holding pure qui n'exerce aucune activité. L'Administration soutenait que la société ne satisfaisait pas aux conditions de l'article 209, II qui prévoit que l'agrément est délivré lorsque l'activité à l'origine des déficits ou des intérêts dont le transfert est demandé est poursuivie par la société bénéficiaire des apports pendant un délai minimum de trois ans. La société soutenait au contraire que la détention et la gestion de participations constituent un type d'activité que la loi n'exclut pas du champ d'application de l'article 209, II. Cet argument n'a été entendu ni par les juges du fond ni par les juges d'appel, pour qui le législateur n'a pas autorisé le transfert des déficits de sociétés dont le seul objet est la détention de titres de participation.

L'enjeu de la question est important puisque le rôle des holdings consiste souvent à s'endetter pour acquérir des participations, ce qui les rend fiscalement déficitaires. La question du transfert de leurs déficits à une société absorbante se pose régulièrement dans les opérations de capital-investissement, à l'occasion d'une prise de contrôle aboutissant à la création d'une nouvelle holding de reprise.

1. L'article 209, II ne définit pas expressément l'activité que devrait exercer la société absorbée

2 – L'article 209, II vise à remédier aux conséquences des opérations de fusion qui entraînent les conséquences d'une cessation d'entreprise, dont la perte des reports déficitaires (*CGI, art. 221, 2 et art. 201*).

Pris à la lettre, l'article 209, II n'exclut aucune activité de son champ d'application. A contrario, le législateur n'hésite pas à préciser la portée qu'il entend donner au mot « activité » quand il veut circonscire l'application d'un texte à certaines activités. C'est le cas par exemple des « activités industrielles, commerciales, artisanales ou agricoles » auxquelles le législateur a expressément limité l'application de l'article 238 bis K, I du CGI qui définit les conditions dans lesquelles les résultats d'une société translucide sont imposés selon les règles applicables à la société associée, ou encore de l'article 239 bis AA du CGI qui permet à une SARL familiale d'opter pour le régime fiscal des sociétés de personnes. Le législateur peut se montrer encore

plus précis, comme dans l'article 44 *sexies* du CGI qui exclut du champ de l'exonération d'IS des entreprises nouvelles les activités exercées dans certains secteurs (transports, construction d'automobiles, etc.). Dernièrement, la loi de finances n° 2011-900 du 29 juillet 2011 a exclu les « activités financières » du bénéfice du régime de réduction d'impôt sur le revenu et d'ISF au titre des investissements dans les PME (CGI, art. 885-0 V bis). Déjà, la version d'origine de l'article 885-0 V bis issu de la loi du 27 août 2007 réservait la réduction d'impôt aux « activités industrielles, commerciales, artisanales, agricoles ou libérales (...) à l'exclusion des activités de gestion de patrimoine mobilier définies à l'article 885 O quater ». Devant le silence du législateur s'agissant de l'article 209, II, il paraît donc difficile d'exclure certaines activités comme l'ont fait les juges de Douai, sans expliquer pourquoi l'intention du législateur aurait été d'exclure certaines activités qui n'ont pas été visées expressément.

Les instructions et la documentation administrative sur l'article 209, II ne subordonnent pas davantage le transfert des déficits de l'absorbée à une quelconque condition tenant à la nature de l'activité exercée (Instr. 21 août 2002 : BOI 13 D-2-02 ; Dr. fisc. 2002, n° 37, instr. 12891). Le ministre soutenait dans son mémoire devant le tribunal administratif que « la poursuite de l'activité de la société absorbée s'apprécie en fonction de critères objectifs fondés sur la nature et l'importance des éléments repris, dans le contexte économique propre de l'opération » mais cette expression fait seulement référence aux critères retenus par l'instruction précitée pour apprécier si les déficits, une fois transmis, peuvent être remis en cause en cas de changement profond d'activité après la fusion (CGI, art. 221, 5). En définitive, ce n'est que dans la réponse ministérielle de Richemont du 3 mars 2006 (Rép. min. n° 17801 à M. de Richemont : JO Sénat Q 30 mars 2006, p. 923 ; Dr. sociétés 2006, comm. 118, note J.-L. Pierre) que l'Administration a pris position sur la nature de l'activité que doit exercer la société absorbée, en indiquant que la simple détention de titres ne constitue pas une activité visée à l'article 209, II.

Nous n'avons pas trouvé dans les travaux parlementaires sur le projet de loi de finances pour 2002 – dont l'article 209, II est issu – l'indication que le législateur ait entendu limiter le transfert des déficits à un certain type d'activité, et on ne peut que rejoindre les juges de Rennes dans ce constat (TA Rennes, 2^e ch., 26 févr. 2009, n° 061980, Sté Sygmatel : JurisData n° 2009-024020). On lit d'ailleurs sous la plume du rapporteur général Didier Migaud (Rapp AN n° 3320, p. 197) que « la société absorbante devra maintenir son activité, en observant que le texte proposé ne mentionne pas d'autre condition précise (telle que le maintien de l'emploi ou la poursuite de l'activité dans son intégralité) ».

Il faut observer en parallèle qu'il n'a jamais été contesté qu'une société holding pure soumise à l'IS est admise à reporter ses déficits en avant (CGI, art. 209, I, al. 3 et 4), sauf option pour leur report en arrière (CGI, art. 220 quinquies), dès lors que l'activité s'exerce au travers d'un établissement en France (installation permanente, centre de décision autonome, etc.). La seule réserve est que l'objet de la société doit être resté le même (CE, plén., 8 juin 1990, n° 92501, Sté des grandes entreprises de distribution Immo France : Rec. CE 1990, p. 152 ; Dr. fisc. 1991, n° 5, comm. 138 ; RJF 1990, n° 979). En effet, le I de l'article 209 du CGI subordonne le droit au report des déficits à l'« exploitation d'une entreprise » en France, sans distinguer selon la nature de cette exploitation. Dans le silence de la loi, on voit mal pourquoi des conditions tenant à la nature de l'activité, différentes de celles retenues pour permettre le report en avant des déficits (CGI, art. 209, I), devraient être remplies quand il s'agit de transférer ces déficits à une société absorbante (CGI, art. 209, II). Nous ne voyons aucune différence entre la notion d'« entreprise exploitée » visée au I. et « l'activité à l'origine des déficits » visée au II de l'article 209 ; conformément à la jurisprudence du Conseil d'État, la notion d'ex-

ploitation au sens de l'article 209, I s'entend de l'exercice habituel d'une activité (Doc. adm. 4 H-1412, § 2 et s.). Si le ministre était allé au bout de sa logique, il aurait dû commencer par contester l'existence des déficits reportables de la société NC Numéricable faute d'exploiter une entreprise au sens du I de l'article 209, plutôt que d'aborder la question sous l'angle de la poursuite de l'activité chez l'absorbante.

2. Les déficits doivent résulter d'une activité économique

3 – En l'absence de définition de l'activité visée au I et au II de l'article 209, il existe peu de doutes sur le fait que les déficits visés à l'article 209 sont ceux qui résultent d'une activité économique. En effet l'article 209, II subordonne expressément la délivrance de l'agrément à la condition que l'opération soit justifiée du point de vue économique, ce qui exclut les sociétés dépourvues de toute activité (les sociétés coquilles), comme nous semble-t-il celles qui exercent une activité civile.

La question qui se pose donc est de savoir si l'activité de gestion de ses participations qu'exerce une société holding pure peut être qualifiée « d'économique » (en cela assimilable à une activité « commerciale » au plan fiscal) pour être éligible à l'agrément de l'article 209, II ou si elle est purement patrimoniale.

A. - Cas des holdings animatrices

4 – Il fait peu de doute qu'une société holding qui participe activement à la gestion de ses filiales exerce une activité économique.

L'Administration reconnaît que la détention d'une participation majoritaire dans le capital d'une filiale, ou lorsqu'il existe des liens économiques entre les deux entités et que l'organisme intervient concrètement et de manière importante dans la gestion active de la filiale, constitue une activité lucrative qui relève des impôts commerciaux (Instr. 18 déc. 2006 : BOI 4 H-5-06, § 155, 255 à 259 ; Dr. fisc. 2007, n° 4, instr. 13637). Un organisme à but non lucratif doit obligatoirement sectoriser dans un secteur taxable à l'IS dans les conditions de droit commun ses activités consistant en la gestion active d'une ou plusieurs filiales (CGI, art. 206, 1).

Par ailleurs, même si les règles en matière de droits d'enregistrement ne sont pas transposables à l'impôt sur les sociétés, la distinction qu'effectue le législateur entre une activité de gestion de portefeuille et une activité d'animation des filiales éclaire la portée de l'article 209, II : on sait que l'article 885 O quater du CGI exclut de la qualification des biens professionnels exonérés d'ISF les parts ou actions de sociétés ayant pour activité principale la gestion de leur propre patrimoine mobilier. L'Administration a toutefois admis que les holdings animatrices sont réputées exercer une activité économique (Instr. 28 avr. 1989 : BOI 7 R-1-89 ; Dr. fisc. 1989, n° 20-21, instr. 9739). La notion de holding animatrice qui résulte de « l'influence réelle et de l'intervention de la holding sur la politique, le fonctionnement et l'activité du groupe » a été reprise par la jurisprudence (Cass. com., 15 févr. 1994, n° 91-22.140, Corpet : Dr. fisc. 1994, n° 16-17, comm. 795). Le législateur vient de légaliser la définition des holdings animatrices en modifiant l'article 885-0 V bis du CGI dans la loi de finances pour 2011 relatif aux réductions d'impôt sur le revenu et d'ISF au titre des investissements dans les PME (L. fin. 2011, n° 2010-1657, 29 déc. 2010, art. 38, V, E ; Dr. fisc. 2011, n° 1, comm. 14 et 45). Est ainsi considérée exercer une activité économique une holding qui, « outre la gestion d'un portefeuille de participations, participe activement à la conduite de [son] groupe (...) » (CGI, art. 885-0 V bis, V, al. 3).

Enfin, pour étendre la comparaison au domaine de la TVA, on rappellera que la jurisprudence communautaire a jugé que l'immixtion d'un holding dans la gestion des sociétés dans lesquelles il a pris le

contrôle constituait une activité économique au sens de l'article 4, § 2 de la 6^e directive (CJCE, 1^{re} ch., 27 sept. 2001, aff. C-16/00, *Cibo Participations SA* : Dr. fisc. 2001, n° 47, comm. 1083).

La société Numéricable n'ayant pas soutenu que sa filiale absorbée jouait un rôle de holding animatrice, le présent arrêt n'a pas permis de confirmer le fait qu'une holding animatrice exerce bien une activité économique au sens de l'article 209, II.

B. - Cas des holdings non-animatrices

5 - La question de savoir si une holding non-animatrice qui se limite à gérer ses participations en exerçant ses prérogatives d'actionnaire lors du vote des décisions en assemblée générale est plus délicate, mais il nous semble exister de bons arguments en faveur d'une réponse positive.

De nombreuses décisions de jurisprudence ont certes rangé la simple gestion d'un portefeuille de valeurs mobilières dans la catégorie des activités patrimoniales à caractère civil. Le Conseil d'État a par exemple écarté du champ d'application de l'article 238 bis K, I qui requiert l'exercice d'une activité industrielle, commerciale, agricole ou artisanale, une société dont le seul objet est la détention d'un portefeuille de titres sans participer à la gestion de ses filiales (CE, 10^e et 9^e ss-sect., 17 nov. 2006, n° 254597, M. Bec : *JurisData* n° 2006-081051 ; Dr. fisc. 2007, n° 17-18, comm. 468, concl. M^{me} M.-H. Mitjavile ; RJF 2007, n° 173). Il a écarté du champ d'application de l'article 239 bis AA qui requiert également l'exercice d'une activité industrielle, commerciale, agricole ou artisanale, les holdings pures (CE, 10^e et 9^e ss-sect., 16 juill. 2008, n° 300839, M. Berland et n° 299862, SARL JMSFB : *JurisData* n° 2008-081358 ; Dr. fisc. 2008, n° 43, comm. 550, concl. C. Verot, note M. Guichard et R. Grau ; RJF 2008, n° 1210 ; BDCF 2008, n° 134, concl. C. Verot) ; celles qui ne font que gérer une participation dans une société opérationnelle sans aucune immixtion dans l'activité de cette dernière (CE, 3^e et 8^e ss-sect., 7 août 2008, n° 283238, M. et M^{me} Joly : *JurisData* n° 2008-081365 ; Dr. fisc. 2008, n° 44-45, comm. 556, concl. E. Glaser ; RJF 2008, n° 1211 ; BDCF 2008, n° 135, concl. E. Glaser). Une société qui se borne à gérer un portefeuille de placements financiers n'exerce pas une activité commerciale (CE, 3^e et 8^e ss-sect., 29 avr. 2002, n° 234133, min. c/ M. Jacob : *JurisData* n° 2002-080143 ; Dr. fisc. 2002, n° 39, comm. 724 ; RJF 2002, n° 769 ; BDCF 2002, n° 90, concl. F. Séners, décision rendue à propos de la mise en œuvre de l'article 44 sexies du CGI). Il semble toutefois que ces décisions s'expliquent par le fait que le texte en cause requerrait expressément que l'activité exercée revête un caractère « industriel, commercial, agricole ou artisanal », et que l'activité de holding n'a pas été considérée revêtir ce caractère.

A contrario, quand le texte en cause est silencieux sur la nature de l'activité exercée, comme c'est le cas avec l'article 209, II, une interprétation de la notion d'activité économique plus large que dans les décisions précitées semble possible. Le Conseil d'État a jugé à propos des opérations dites « d'apport-cession » qu'une simple prise de participation dans une société opérationnelle en remploi du produit de la vente des titres apportés constitue une « activité économique », sans que les juges aient exigé qu'elle s'accompagne d'une prestation d'animation de la filiale (CE, 8^e et 3^e ss-sect., 8 oct. 2010, n° 301934, M. Bazire : Dr. fisc. 2010, n° 45, comm. 553, concl. L. Olléon, note R. Poirier ; RJF 12/2010, n° 1204).

Un parallèle peut aussi être fait avec la jurisprudence relative aux changements d'activité au sens de l'article 221, 5 du CGI. De tels changements sont qualifiés de cessation d'entreprise entraînant la perte des reports déficitaires lorsque l'importance du changement intervenu est telle que l'activité d'origine n'est plus la même. Or, différentes décisions ont implicitement admis qu'une société holding devait être regardée exercer une activité, dont le changement peut affecter le maintien des déficits. C'est ainsi qu'une société qui avait

une activité exclusive de holding a été regardée avoir subi un changement profond d'activité par suite de l'adjonction d'une activité nouvelle à caractère commercial parce que l'activité initiale de holding avait décliné jusqu'à devenir marginale (CE, 8^e et 3^e ss-sect., 10 juill. 2007, n° 288484, SARL Final : *JurisData* n° 2007-081172 ; Dr. fisc. 2008, n° 4, comm. 82 ; Dr. sociétés 2007, comm. 206, note J.-L. Pierre ; RJF 2007, n° 1219). Une société holding n'est réputée avoir changé d'activité par suite à l'absorption de ses filiales opérationnelles, que parce que son activité de holding est devenue marginale (CAA Lyon, 2^e ch., 19 juin 2008, n° 04LY01063, SA Sud-Est-Entreprise : BDCF 1/2009, n° 3, concl. G. Gimenez).

En effet, il peut être soutenu qu'une société holding de participations, fut-elle pure, est un acteur économique, quand bien même elle n'exerce pas une activité opérationnelle, dès lors qu'elle poursuit activement la recherche du profit : recherche d'opportunités d'investissement, arbitrages, négociations, mobilisation de capitaux, recherche d'un effet de levier, achat réalisé en vue de la réalisation de plus-values ou dans le cadre d'une politique d'investissement décidée au sein d'un groupe, nécessitant la mise en œuvre de moyens qui s'écartent d'une gestion patrimoniale... bref, tout ce qui caractérise le métier de prises de participations. Dans cet ordre d'idées, le Conseil d'État a admis que la création d'une holding dont la seule activité réside dans la détention de titres de participation à l'occasion d'une opération de LBO présente un intérêt financier puisque la holding dispose d'une capacité d'emprunt supérieure à celle de ses associés (CE, 9^e et 10^e ss-sect., 27 janv. 2011, n° 320313, M. et M^{me} Bourdon : Dr. fisc. 2011, n° 15, comm. 304, concl. C. Legras, note O. Fouquet et C. Charpentier). La décision SA Korian (TA Paris, 1^{re} ch., sect. 2, 14 déc. 2010, n° 0713039/2, SA Korian : *JurisData* n° 2010-029369) qui définit l'activité de l'article 209, II comme l'exploitation de biens ou la délivrance de services visant à produire des recettes, en opposant cette définition à l'activité de holding réputée patrimoniale, mésestime le fait que la gestion d'un portefeuille de participations constitue le plus souvent une activité économique.

On peut enfin se référer à l'article 210 B du CGI qui assimile à une branche complète d'activité les participations majoritaires et celles qui confèrent à la société bénéficiaire la qualité d'associé prépondérant, sans exiger que la détention de la participation s'accompagne d'aucun moyen ou organisation spécifique.

Dans ces conditions, la tentative d'assimilation par le ministre des holdings pures aux sociétés « coquilles vides » contre lesquelles le législateur a entendu agir en maintenant la procédure d'agrément visée au II de l'article 209, II (*Rapp. AN*, n° 114, p. 47, au nom de la commission des finances du Sénat sur le projet de loi de finances rectificative pour 2004), nous paraît totalement hors de propos. Une société coquille ne possède par définition aucun actif sauf le cas échéant des liquidités, et aucune activité, tandis qu'une société holding détient des participations qu'elle contrôle le cas échéant, et qu'elle gère. Le contrôle du caractère économique des opérations par voie d'agrément s'explique par le souci d'éviter l'émergence d'un « marché de déficits » autour des sociétés coquilles vides, et non par la volonté du législateur d'ajouter à la nature de l'activité exercée par la société absorbée une condition (activité « opérationnelle ») que l'article 209 ne prévoit pas.

Il existe donc de sérieuses raisons de penser qu'une société holding de participations « pure » peut bénéficier du transfert des déficits en application de l'article 209, II du CGI.

3. Translucidité fiscale des sociétés à l'origine des déficits

6 - Les déficits dont le transfert était demandé provenaient de l'activité des filiales translucides de la société absorbée. La société NC

Numéricable a soutenu à titre subsidiaire que la condition de poursuite de l'activité à l'origine des déficits ne s'appliquait qu'aux déficits créés par la société absorbée elle-même, et non à ceux que la société absorbée avait reçus de ses filiales ; le transfert des déficits à la société absorbante devait donc être automatique. La cour a approuvé l'Administration d'avoir écarté cet argument comme dénué de portée, au motif que les filiales n'étaient pas parties à la fusion et avaient continué leur activité. L'article 209, II ne permet pas de considérer que le transfert des déficits d'une société absorbée à une société absorbante est automatique au motif qu'ils proviennent des résultats de filiales translucides.

Roland POIRIER,
avocat associé, Brandford-Griffith

504 Extinction d'une créance de report en arrière de déficits en l'absence d'agrément (CGI, art. 220 quinquies, II : rég. ant. 1^{er} janv. 2002) : compatibilité avec l'article 1^{er} du 1^{er} protocole additionnel à la Convention EDH (non)

La créance de report en arrière de déficits que détient une société sur le Trésor public à la suite de l'absorption d'une autre société ayant constaté ces déficits constitue un bien au sens de l'article 1^{er} du 1^{er} protocole à la Convention EDH.

Si l'incessibilité et l'inaliénabilité d'une telle créance et son affectation exclusive au paiement de l'impôt pendant les cinq années suivant sa constatation ne sont pas incompatibles avec cet article du protocole, il en va différemment de la disposition figurant au II de l'article 220 quinquies du CGI qui prévoit l'extinction de la créance en cas de fusion à défaut d'agrément ministériel.

L'Administration n'est, par suite, pas fondée à opposer à la société une absence d'agrément, pour lui refuser le remboursement de la créance qu'elle avait acquise par l'effet de la transmission, à la date de la fusion, du patrimoine de la société absorbée.

CAA Marseille, 3^e ch., 14 avr. 2011, n° 08MA00793, min. c/ SA Bellon, note J. Dubois

● Considérant que le ministre interjette appel du jugement en date du 3 décembre 2007 par lequel le tribunal administratif de Marseille a ordonné la restitution à la SA Bellon de la somme de 912 929,66 francs au titre d'une créance de report en arrière des déficits ; que la SA Bellon demande, par la voie de l'appel incident, que la somme en cause soit portée à la somme de 912 929,66 €, correspondant au montant véritable de la créance litigieuse ;
Sur la demande de restitution de la créance de report en arrière des déficits et sans qu'il soit besoin de statuer sur les autres moyens présentés par la SA Bellon :

● Considérant qu'aux termes de l'article premier du premier protocole additionnel à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales : « Toute personne physique ou morale a droit au respect de ses biens. Nul ne peut être privé de sa propriété que pour cause d'utilité publique et dans les conditions prévues par la loi et les principes généraux du droit international. Les dispositions précédentes ne portent pas atteinte au droit que possèdent les États de mettre en vigueur les lois qu'ils jugent néces-

MOTS-CLÉS : Impôt sur les sociétés - Déficit - Agrément pour le transfert à la société absorbante (CGI, art. 209, II) - Condition d'exercice d'une activité (holdings)

Fusions - Transfert des déficits - Agrément (CGI, art. 209, II) - Holdings
Agréments fiscaux - Transfert de déficits (CGI, art. 209, II) - Condition d'exercice d'une activité - Holdings

JURISCLASSEUR : Fiscal ID, Fasc. 26, G. Sébastien ; Fiscal ID, Fasc. 1104-10, P. Serlooten ; Fiscal ID, Fasc. 1130-30, P. Gastineau

saires pour régler l'usage des biens conformément à l'intérêt général ou pour assurer le paiement des impôts ou d'autres contributions ou des amendes » ; qu'aux termes du I de l'article 220 quinquies du Code général des impôts, dans sa rédaction alors applicable : « (...) le déficit constaté au titre d'un exercice ouvert à compter du 1^{er} janvier 1984 par une entreprise soumise à l'impôt sur les sociétés peut, sur option, être considéré comme une charge déductible du bénéfice de l'antépénultième exercice et, le cas échéant, de celui de l'avant-dernier exercice puis de celui de l'exercice précédent, dans la limite de la fraction non distribuée de ces bénéfices (...) ». L'excédent d'impôt sur les sociétés résultant de l'application du premier alinéa fait naître au profit de l'entreprise une créance d'égal montant. La constatation de cette créance, qui n'est pas imposable, améliore les résultats de l'entreprise et contribue au renforcement des fonds propres. La créance est remboursée au terme des cinq années suivant celle de la clôture de l'exercice au titre duquel l'option visée au premier alinéa a été exercée. Toutefois, l'entreprise peut utiliser la créance pour le paiement de l'impôt sur les sociétés dû au titre des exercices clos au cours de ces cinq années. Dans ce cas, la créance n'est remboursée qu'à hauteur de la fraction qui n'a pas été utilisée dans ces conditions. La créance est inaliénable et incessible, sauf dans les conditions prévues par les articles L. 313-23 à L. 313-35 du Code monétaire et financier, ou dans des conditions fixées par décret » ; qu'aux termes du II du même article : « (...) En cas de fusion ou opération assimilée, intervenant au cours des cinq années suivant celle de la clôture de l'exercice au titre duquel l'option visée au I a été exercée, le transfert de tout ou partie de la créance de la société apporteuse ou absorbée à la société bénéficiaire de l'apport ou absorbante, peut être autorisé sur agrément délivré dans les conditions prévues à l'article 1649 nonies » ;

● Considérant que la SA Financière Sodexo a constaté un déficit de 2 739 063 € au titre de l'année 1995 qu'elle a reporté en arrière, générant une créance sur le Trésor public de 912 929,66 € ; que l'Administration a estimé que cette créance s'était éteinte à la suite de l'absorption de la SA Financière Sodexo, le 1^{er} septembre 1997, par la SA Bellon, au motif que l'agrément requis par le II de l'article 220 quinquies du Code général des impôts pour autoriser le transfert de la créance n'avait pas été demandé au ministre ;

● Considérant que, notwithstanding la circonstance que la créance en cause procède de la conversion d'un déficit, qu'elle oblige l'État et que son sort soit spécifique en application de la loi, elle constitue un bien au sens des dispositions précitées de l'article premier du premier protocole à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ; que si l'incessibilité et l'inaliénabilité d'une telle créance et son affectation exclusive