

T R I B U N E

NOTION D'ACTIVITÉ PRINCIPALE

Le pacte Dutreil mis sous

Des époux détenant 97,75 % d'une société commerciale ont souscrit le 10 octobre 2019 un engagement collectif de conservation en vue d'offrir à leurs enfants les avantages de l'article 787 B du CGI en cas de décès ou de donation, l'acte stipulant que la société exerce principalement une activité commerciale d'achat de biens immobiliers en vue de leur revente, de transaction et de promotion immobilière. Toutefois, cette société exerçant aussi une activité civile de location d'immeubles de rapport, son activité s'est avérée mixte. Au sein du paragraphe n°20 du BOI-ENR-DMTG-10-20-40-10 du 19 mai 2014, l'administration a précisé que le régime de faveur ne pourra pas être refusé aux parts ou actions d'une société qui, comme celle susvisée, exerce une activité civile en plus d'une activité industrielle, commerciale, artisanale, agricole ou libérale, dans la mesure où cette activité civile n'est pas prépondérante. Au dernier alinéa de ce paragraphe, l'administration a ajouté que « *le caractère prépondérant de l'activité industrielle, commerciale, artisanale, agricole ou libérale s'apprécie au regard de deux critères cumulatifs que sont le chiffre d'affaires procuré par cette activité (au moins 50 % du chiffre d'affaires total) et le montant de l'actif brut immobilisé (au moins 50 % du montant total de l'actif brut)* ».

Une annulation contre toute attente.

Or en l'espèce, le critère administratif afférent à l'actif brut immobilisé jouait en défaveur des contribuables : les immeubles ressortant de l'activité de marchand de biens relevant des stocks et non de l'actif immobilisé, l'actif circulant représentait une valeur plus élevée que celle de l'actif immobilisé. C'est pourquoi les contribuables ont saisi le Conseil d'Etat d'un recours en vue de l'annulation du dernier alinéa du paragraphe n° 20 (quoique concentré sur le critère de l'actif brut immobilisé) en élevant aussi une question prioritaire de constitutionnalité à l'encontre de l'article 787 B du CGI. Contre toute attente, la Haute Assemblée a prononcé l'annulation intégrale du dernier alinéa du paragraphe



EMMANUEL LAPORTE,
avocat fiscaliste,
Cabinet Laporte - Paris

» Le Conseil d'Etat vient d'apporter une importante contribution à la question de savoir comment le bénéfice de l'article 787 B du CGI peut être accordé aux titres d'une société ayant une activité mixte

» De prime abord, le Haut Conseil est dans son rôle en jugeant de la légalité d'une instruction administrative mais il demeure constant que le juge naturel de l'application de l'article 787 B du CGI est le seul juge judiciaire

n° 20 pour avoir méconnu le sens et la portée de l'article 787 B du CGI, nonobstant le rejet de la question prioritaire de constitutionnalité (CE, 8e et 3e ch. réunies, n° 435562, 23 janvier 2020). Le Conseil d'Etat interprète de surcroît l'article 787 B du CGI comme ouvert aux actions et parts des sociétés ayant une activité mixte, pour autant qu'elles exercent « *principalement une activité industrielle, commerciale, artisanale, agricole ou libérale, cette prépondérance s'appréciant en considération d'un faisceau d'indices déterminés d'après la nature de l'activité et les conditions de son exercice* ». Il refuse expressément de conférer au taux d'immobilisation de l'actif brut le statut d'indice révélant la nature d'une activité et juge que « *ces dispositions ne subordonnent pas l'avantage qu'elles instituent (...) à la condition que le montant de l'actif brut immobilisé représente au moins 50 % du montant total de l'actif brut* ». Cette décision soulève des inquiétudes à plus d'un titre.

L'attitude du juge judiciaire en question.

Il en va ainsi de sa portée organique à l'égard du juge judiciaire, du juge administratif lui-même et de l'administration fiscale. De prime abord, le Haut Conseil est évidemment dans son rôle en jugeant de la légalité d'une instruction administrative. Il demeure cependant constant que le juge naturel de l'application de l'article 787 B du CGI est le seul juge judiciaire ; or, en délivrant un 3^{ème} considérant posant non seulement le postulat de la notion d'activité principale mais encore un impératif visant à l'apprécier selon un « *faisceau d'indices* », tout en déniait toute valeur au taux d'immobilisation de l'actif brut et en annulant dans son élan le critère du chiffre d'affaires, le Conseil d'Etat est peut-être allé au-delà de ce qui aurait suffi à son office. En premier lieu, un doute sérieux apparaît quant à l'attitude que choisira le juge judiciaire, a priori non tenu par cette interprétation. Par arrêt n°16/08688 rendu le 5 mars 2018 (pour l'article 787 B du CGI), la Cour d'appel de Paris avait par exemple jugé, de façon sibylline, que la théorie de la prépondérance était applicable aux holdings animatrices selon une approche bilanciale à la condition de ne pas s'en tenir à la seule activité de la société holding mais en l'étendant

T R I B U N E

tutelle prétorienne

aux « activités du groupe » ; le juge judiciaire s'était finalement résolu au constat que le critère de l'actif brut immobilisé était digne d'intérêt, en fustigeant le critère du chiffre d'affaires. En second lieu, on peut s'interroger sur l'impact de l'arrêt dans l'ordre administratif lui-même ; le Conseil d'Etat a certes mis en œuvre, dans sa décision de plénière du 13 juin 2018 n°395495, 399121, 399122 et 399124 (relative au b du 2° du II de l'article 150-0 D bis du CGI pour les holdings animatrices), une théorie du faisceau d'indices ; mais il avait aussi jugé que l'activité principale pouvait se déduire de la part (prépondérante) de la valeur vénale de la filiale dans l'actif de la société holding ; bien que différente, cette notion est-elle suffisamment proche du critère du taux d'immobilisation de l'actif brut pour être considérée elle aussi comme relativisée ? En troisième lieu, nul ne sait davantage comment se situera l'administration fiscale qui, à la faveur du vide laissé par l'annulation de ses critères, ne pourra plus se les voir opposer pour de futurs faits générateurs sur le fondement de l'article L80 A du LPF, sans s'interdire d'en faire indirectement usage devant le juge judiciaire.

Boîte de Pandore. On est également plongé dans un abîme de perplexité s'agissant, sur le fond cette fois, de l'affirmation même de la notion d'activité principale comme de sa caractérisation suivant un « faisceau d'indices » pour désigner une situation de faits comme éligible au dispositif de faveur. Si l'on comprend l'évidence de l'intérêt de la notion d'activité principale pour l'économie pratique de la tolérance administrative offerte aux sociétés ayant une activité mixte, on peine à suivre le Conseil d'Etat lorsqu'il l'impose comme découlant directement de l'article 787 B du CGI. La Haute Assemblée, il est vrai, avait déjà ouvert cette boîte de Pandore pour les holdings animatrices dans sa décision de plénière du 13 juin 2018. Et il n'est pas faux que le critère du taux d'immobilisation de l'actif brut est, en bien des cas, peu pertinent sinon injuste. Force est pourtant de constater que l'article 787 B du CGI ne fait pas davantage référence à l'activité principale qu'au critère de l'actif brut immobilisé, qu'à un quelconque « faisceau d'indices » ;

« Faisant du mieux l'ennemi du bien, le Conseil d'Etat laisse les contribuables orphelins de toute sécurité juridique, notamment ceux qui auront fait leur possible pour respecter les critères administratifs. »

sauf à réaliser une exégèse hasardeuse de textes qui ne sont pas celui qui nous occupe, il serait audacieux de prétendre que la volonté du législateur d'alors était de donner au juge un pouvoir discrétionnaire sur les pactes Dutreil. Car c'est bien de cela dont il s'agit : le Haut Conseil aurait pu mesurer sa réponse en choisissant de n'annuler que le terme « immobilisé » pour favoriser un critère de comparaison entre l'actif brut affecté à l'activité opérationnelle et le total de l'actif brut, voire en aménageant le maintien du critère du chiffre d'affaires, ou en annulant les deux critères mais, à tout prendre, en explicitant ceux qu'il faudrait leur substituer. Lorsque le Conseil d'Etat dévitalise les deux critères administratifs (quand bien même sont-ils cumulatifs) en se bornant à élever la bannière d'un « faisceau d'indices », il attribue au seul pouvoir du juge la faculté de décider du sort de chaque affaire sans aucune autre règle préalable.

Des conséquences d'ensemble à mesurer.

Un tel coup d'éclat prétorien ne s'imposait ni en son principe ni en son étendue, en faisant silence de la nature des indices permettant au contribuable de s'organiser. Il serait imprudent de se satisfaire d'une telle évolution, alors que le pouvoir de fixer les conditions fondamentales d'application d'une loi ne devrait revenir qu'au législateur lui-même, sous réserve qu'il veuille remettre l'ouvrage sur le métier. Le but initial du législateur, à savoir donner les moyens de garantir la pérennité de l'appareil productif, nous paraît aujourd'hui un peu perdu de vue. Au cœur du dispositif se trouvent des créateurs et des repreneurs qui ne savent plus, sur ce sujet, « à quel saint se vouer ». Pratiquer un geste chirurgical sur un tel édifice peut menacer son équilibre si l'on n'anticipe pas toutes ses conséquences d'ensemble. Faisant du mieux l'ennemi du bien, le Conseil d'Etat laisse les contribuables orphelins de toute sécurité juridique, notamment ceux qui auront fait leur possible pour respecter les critères administratifs. Gageons que le législateur prendra ses responsabilités pour décliner les conditions d'application de l'article 787 B du CGI aux titres de société ayant une activité mixte. 