

N° 346638

Société Laboratoires Virbac

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

Séance du 5 février 2014

Lecture du 19 février 2014

CONCLUSIONS

Mme Claire LEGRAS, rapporteur public

1- Cette affaire pose des questions inédites et intéressantes relatives à l'application du dispositif dit de l'amendement Charasse.

Il s'agit d'une règle anti-abus propre à l'intégration fiscale, donc d'une norme d'une nature particulière. Le temps de la justice étant souvent relativement long et la procédure d'abus de droit relevant par nature d'un usage qui doit être retenu, sinon parcimonieux, on comprend la tentation de l'administration d'être épaulée par le législateur dans sa tâche de prévention des abus. L'amendement Charasse fait partie de ces tentatives somme toute résiduelles par lesquelles le législateur vient au secours de l'administration fiscale pour éviter l'utilisation détournée d'un dispositif.

Il s'agit en l'occurrence de prévenir un usage abusif de l'intégration fiscale consistant à ce que l'acquéreur crée artificiellement une dette d'acquisition au sein d'un groupe fiscalement intégré dans le cadre d'un « rachat à soi-même » *via* une holding : à cette fin, la loi exclut du résultat du groupe une fraction des charges financières liées aux opérations de rachat de sociétés lorsque la société qui acquiert et celle qui est vendue sont contrôlées, directement ou indirectement, par la ou les mêmes personnes.

Plus précisément, dans sa version initiale, qui est à peu de choses près celle applicable aux impositions en litige, sous réserve d'une précision apportée en ce qui concerne la détermination du prix d'acquisition à prendre en compte, la disposition, codifiée au septième alinéa de l'article 223 B du CGI, prévoyait que « *lorsqu'une société a acheté, après le 1^{er} janvier 1988, les titres d'une société qui devient membre du même groupe aux personnes qui la contrôlent, directement ou indirectement, ou à des sociétés que ces personnes contrôlent, directement ou indirectement, les charges financières déduites par les sociétés membres du groupe sont rapportées au résultat d'ensemble pour une fraction égale au rapport du prix d'acquisition de ces titres à la somme du montant moyen des dettes, de chaque exercice, des entreprises membres du groupe* ». Il était précisé que la réintégration s'appliquait pendant l'exercice d'acquisition des titres et les quatorze exercices suivants – délai ramené aux huit exercices suivants aujourd'hui.

Cette disposition vise donc à mettre fin à des montages à but uniquement fiscal, consistant à endetter des sociétés, constituées à cet effet, pour le rachat d'autres sociétés détenues par le même actionnaire. Une société A, membre d'un groupe fiscal intégré s'endette,

en général auprès de sociétés liées, pour acquérir auprès d'un actionnaire commun une société B qui a vocation à intégrer le groupe. Les charges de financement de A viennent se consolider avec les profits de B et réduisent l'impôt total dû par la tête de groupe, mais cela relève de l'artifice puisque l'acquisition s'est, en quelque sorte, faite auprès de soi-même et n'en est pas réellement une.

Nous sommes ici en présence de trois sociétés et de deux opérations d'acquisition. La SA Laboratoires Virbac, tête du groupe fiscal intégré qui porte son nom, fabrique et distribue des produits vétérinaires. Cette société est détenue, directement ou indirectement, par les enfants de son fondateur, Jean-Pierre Dick, à hauteur de 52,17% – au travers d'une indivision et de deux sociétés – et par sa veuve, directement, à hauteur de 9,5%.

La première opération, en 1993, consiste en l'achat par la SA Laboratoires Virbac de la quasi-totalité des titres d'une SA Laboratoires Frères auprès d'une SA Interlab, dont Virbac détenait 82,9% du capital et l'indivision constituée des quatre enfants de Jean-Pierre Dick le reste. A la suite de cette opération, la société acquise, Laboratoires frères, est devenue membre du groupe fiscal intégré dont la tête est la SA Virbac.

La seconde opération intervient l'année suivante : la SA Virbac acquiert auprès de l'indivision Dick 15,88% des titres de la SA Interlab. La participation de Virbac se trouve ainsi portée à près de 99%. A la suite de cette opération, la SA Interlab est devenue membre du groupe fiscal intégré.

A l'occasion d'une vérification de la comptabilité de la SA Laboratoires Virbac, l'administration a estimé que les conditions de mise en œuvre du 7^{ème} alinéa de l'article 223 B étaient réunies et elle a réintégré aux bénéficiaires du groupe fiscal une part des charges financières liées aux deux opérations.

La société Virbac, tête de groupe, a alors formé une demande en décharge, sans succès. Elle se pourvoit aujourd'hui en cassation contre un arrêt de la cour administrative d'appel de Marseille du 15 décembre 2010 confirmant le jugement rendu en sa défaveur – sauf en tant qu'il tire les conséquences d'un dégrèvement partiel – par le tribunal administratif de Nice le 29 juin 2007.

2- S'agissant de la première opération, soit de l'acquisition des titres de la SA Laboratoires Frères, la société soutenait en appel que le dispositif du 7^{ème} alinéa de l'article 223 B ne trouvait pas à s'appliquer lorsque, comme en l'espèce, la société cédante, soit Interlab, était une filiale de la société cessionnaire, Virbac. En effet, soutenait la société requérante, lorsqu'une société – ici elle-même – achète une sous-filiale – ici Laboratoires Frères – à une filiale – ici Interlab –, c'est la société cessionnaire – Virbac, donc – qui exerce le contrôle de la cédante, de sorte que le contrôle opéré sur la cédante – Interlab – par les personnes qui contrôlent la cessionnaire, condition nécessaire pour l'application de l'article 223 B dès lors qu'il est constant que Virbac n'a pas acheté Laboratoires Frères auprès de ses propres actionnaires, ne peut être qu'indirect. Par ailleurs, cette condition de contrôle indirect ne serait pas satisfaite en l'espèce du seul fait que les enfants Dick possédaient conjointement la majorité du capital de Virbac, qui elle-même possédait Interlab, un groupe familial ne constituant pas un actionnaire en tant que tel en l'absence d'action concertée et chacun des enfants n'ayant, pris isolément, que 13% des parts.

La Cour a répondu en deux temps.

Elle a d'abord indiqué que l'article 223 B pouvait trouver à s'appliquer dans l'hypothèse où la société cédante était une filiale de la cessionnaire, à la condition que la cédante ne fasse pas elle-même partie du groupe intégré. Puis elle a jugé que dès lors que Virbac assurait le contrôle direct d'Interlab et que celle-ci exerçait le contrôle direct de Laboratoires frères, Virbac exerçait, par l'intermédiaire d'Interlab, un contrôle indirect de Laboratoires frères, ce qui justifiait l'application du dispositif issu de l'amendement Charasse.

La société requérante a beau jeu de soutenir en cassation que la cour a tout à la fois entaché son arrêt d'insuffisance de motivation et d'erreur de droit en omettant de vérifier si la condition posée à l'application de ce dispositif, à savoir le fait que la cible avait été acquise par la cessionnaire auprès d'une société contrôlée par les personnes qui la contrôlaient elle-même, était satisfaite. Ce n'est en effet pas la même chose de vérifier si la cessionnaire contrôle indirectement la cible, ce qu'a fait la cour, et de vérifier si la cessionnaire et la cédante sont contrôlées, directement ou indirectement, par les mêmes personnes. En d'autres termes, la cour s'est attachée à vérifier si Virbac contrôlait, directement ou indirectement, Laboratoires Frères alors qu'elle aurait dû rechercher si Virbac et Interlab étaient contrôlées par les mêmes personnes.

L'administration soutenait en appel que le « groupe familial » Dick contrôlait Virbac à plus de 60% ; mais la cour n'a pas repris ce point. Il est vrai que, dans la partie de son arrêt relative à l'autre opération, l'acquisition des parts d'Interlab auprès des enfants Dick, la cour a expressément jugé que les enfants Dick contrôlaient Virbac : dans cette deuxième opération, en effet, c'est la première des deux conditions alternatives mentionnées par le 7^{ème} alinéa de l'article 223 B qui était à l'œuvre, à savoir une acquisition auprès des personnes qui contrôlent la cessionnaire. Mais à supposer que vous acceptiez de faire masse des motifs portant sur des chefs de redressements différents, il n'en demeure pas moins que la cour n'aurait, ce faisant, parcouru que la moitié du chemin. Encore faudrait-il, pour écarter l'insuffisance de motivation, accepter de lire l'arrêt comme jugeant que le contrôle est transitif, c'est à dire que dès lors que les enfants Dick contrôlent Virbac et que Virbac contrôle Interlab, alors les enfants Dick contrôlent indirectement Interlab de sorte que Virbac a bien acquis les titres de Laboratoires Frères à une société, Interlab, que contrôlent les personnes qui la contrôlent elle-même. La transitivité traduit bien nous semble-t-il la notion de contrôle indirect et ces efforts ne sont pas démesurés.

Mais il ne vous servira à rien de les consentir si, comme nous, vous pensez que la cour ne pouvait légalement se fonder sur le fait que les enfants Dick possédaient ensemble 52,2% de Virbac et que chacun avait cédé le même jour à Virbac les actions d'Interlab qu'il possédait à des conditions financières identiques pour caractériser le contrôle des enfants Dick sur Virbac.

3- Le moyen du pourvoi qui conteste ce raisonnement est sérieux.

La société soutient que la cour a commis une erreur de droit en jugeant qu'elle avait acquis des titres auprès d'actionnaires qui la contrôlent au sens du 7^{ème} alinéa de l'article 223 B, alors que, pour parvenir à un tel résultat, il faut faire masse des droits de vote que détiennent les quatre frères et sœurs majoritaires dans son capital et, ainsi, reconnaître l'existence d'un groupe familial, ce qui n'a aucun fondement légal.

Devant la cour, elle faisait valoir que, dès lors qu'aucun de ses associés ne détenait plus de 50% des parts, ceux-ci ne pouvaient être qualifiés de « *personnes qui contrôlaient la société* » au sens de l'article 223 B. La cour a toutefois jugé qu'au cours de l'exercice 1994, les quatre enfants de M. Dick possédaient 52,2 % des droits de vote de la société Virbac et que chacun avait cédé à cette société les actions qu'il détenait dans la société Interlab le même jour, soit le 20 décembre 1994, à des conditions financières identiques, soit 4 370F par action. Elle en a déduit qu'ils avaient en commun et de manière concertée conduit la société Virbac à réaliser l'opération d'achat de titres qu'ils possédaient dans la société Interlab en vue de son intégration dans le groupe Virbac le 1^{er} janvier 1995.

Elle a donc estimé que la vente d'Interlab étant concertée entre les enfants Dick, ceci ferait présumer, en quelque sorte, que ces enfants contrôlaient Virbac, dont ils détiennent 52,2%.

Depuis 2006, le texte du 7^{ème} alinéa de l'article 223 B précise que le contrôle auquel il fait mention s'entend au sens de l'article L. 233-3 du code de commerce. Mais vous avez anticipé sur cette précision en jugeant, pour l'application du texte dans son état antérieur, que faute de précision dans la loi, la notion de contrôle y figurant devait être regardée comme résultant de l'article 355-1 de la loi du 24 juillet 1966, dans sa rédaction en vigueur à la date de chaque opération (**CE, 13 juillet 2011, SAS FTR, RJF 11/11 n° 1136**).

Or selon l'article 355-1 de la loi de 1966, dans sa version en vigueur entre 1985 et 2000, « *Une société est considérée (...) comme en contrôlant une autre :/ lorsqu'elle détient directement ou indirectement une fraction du capital lui conférant la majorité des droits de vote dans les assemblées générales de cette société ;/- lorsqu'elle dispose seule de la majorité des droits de vote dans cette société en vertu d'un accord conclu avec d'autres associés ou actionnaires et qui n'est pas contraire à l'intérêt de la société ;/ lorsqu'elle détermine en fait, par les droits de vote dont elle dispose, les décisions dans les assemblées générales de cette société./ Elle est présumée exercer ce contrôle lorsqu'elle dispose directement ou indirectement, d'une fraction des droits de vote supérieure à 40% et qu'aucun autre associé ou actionnaire ne détient directement ou indirectement une fraction supérieure à la sienne* ».

Les dispositions relatives à l'action de concert, qui figurent depuis 2001 au III de l'article 233-3 du code de commerce, n'étaient donc pas contenues dans l'article 355-1 de la loi de 1966. Elles prévoient que « *deux ou plusieurs personnes agissant de concert sont considérées comme en contrôlant conjointement une autre lorsqu'elles déterminent en fait les décisions prises en assemblée générale* ». Ce nonobstant, vous avez jugé, à l'aune du seul article 355-1, que la notion de contrôle d'une société devait, pour l'application des dispositions issues de l'amendement Charasse, s'entendre de l'exercice, direct ou indirect, individuel ou de concert, en application de dispositions légales ou conventionnelles, des droits de vote en assemblée des actionnaires, soit majoritaire, soit permettant de déterminer les décisions.

Cette solution jurisprudentielle n'allait pas de soi dès lors qu'ainsi que l'explique Didier Chauvaux dans ses conclusions sous une décision **TFI du 20 octobre 2004, p. 376**, la jurisprudence judiciaire avait interprété les dispositions de l'article 355-1 comme excluant que le contrôle d'une société puisse être partagé entre plusieurs sociétés. Statuant par un arrêt du

20 février 1998¹ dans une affaire relative à la détention du capital de la société Havas, la cour d'appel de Paris relevait que la loi prévoyait bien le cas d'un contrôle résultant d'un accord entre actionnaires, mais que cet accord devait porter sur un transfert de droits de vote permettant à l'une des parties de disposer seule de la majorité dans les assemblées générales et ainsi d'exercer seule le contrôle de la société. Au sens de l'article 355-1, devenu en septembre 2000 l'article L. 233-3 du code de commerce dans sa version antérieure à 2001, le contrôle était donc toujours un contrôle unitaire. C'est seulement pour les besoins de la consolidation des comptes que le code de commerce prévoyait un contrôle conjoint, défini en ces termes par l'article L 233-16 : « *Le contrôle conjoint est le partage du contrôle d'une entreprise exploitée en commun par un nombre limité d'associés ou d'actionnaires, de sorte que les décisions résultent de leur accord* ».

Ce n'est qu'à la suite de l'arrêt de la cour d'appel de Paris que le législateur a pris le parti d'introduire à l'article L. 233-3 l'actuel paragraphe III définissant un contrôle conjoint, dans des termes différents de ceux de l'article L. 233-16. Issu de la loi du 15 mai 2001 sur les nouvelles régulations économiques, ce paragraphe a été réécrit six mois plus tard par la loi du 11 décembre 2001 portant mesures urgentes de réforme à caractère économique et financier pour acquérir sa rédaction actuelle. Ces nouvelles dispositions se réfèrent à la notion d'action de concert, ainsi définie à l'article L. 233-10 : « *Sont considérées comme agissant de concert les personnes qui ont conclu un accord en vue d'acquérir ou de céder des droits de vote ou en vue d'exercer des droits de vote, pour mettre en œuvre une politique vis-à-vis de la société* ». Cet article précise qu'un tel accord est présumé exister entre une société, le président de son conseil d'administration et ses directeurs généraux ou les membres de son directoire ou ses gérants, entre une société et les sociétés qu'elle contrôle au sens de l'article 355-1, entre des sociétés contrôlées par la même ou les mêmes personnes et entre les associés d'une société par actions simplifiée à l'égard des sociétés que celle-ci contrôle.

C'est donc de manière prétorienne que vous avez construit, pour la période antérieure à 2001 et pour la mise en œuvre de la disposition anti-abus que constitue l'amendement Charasse, le « pont » que le législateur prévoira explicitement en 2001 au III de l'article L. 233-3 du code de commerce entre la notion de contrôle conjoint et celle d'action de concert. Vous avez fait une lecture du contrôle pour l'application de l'article 223 B, avant qu'il ne renvoie à l'article L. 233-3 du code de commerce, comme signifiant un contrôle de droit – détention de droits de vote majoritaires – ou de fait – possibilité de déterminer les décisions – individuel ou « de concert ». En employant les mots « de concert », vous avez nécessairement fait référence à l'article 356-1-3 de la loi de 1966, repris à l'article L. 233-10 du code de commerce que nous venons de citer.

Revenons à notre affaire. Le point de départ du raisonnement est clair : il ne pouvait y avoir contrôle conjoint des enfants Dick sur Virbac que si l'existence d'une action de concert était mise en évidence, puisqu'il est constant qu'aucun d'eux n'assure seul ce contrôle.

Or nous ne pensons pas que la cour ait ici caractérisé une telle situation. Ce qu'elle s'est attachée à rechercher, c'est seulement si l'opération de cession de près de 10% des parts d'Interlab à Virbac avait été réalisée de manière concertée par les enfants Dick. Elle a conclu que tel était le cas en relevant que la cession des parts s'était faite le même jour aux mêmes

¹ RJDA 4/98 n° 443 chron. A. Couret p. 279.

conditions de prix. Mais à supposer que cela suffise à démontrer que, pour cette opération, il y a eu concertation entre les enfants Dick qui étaient tout à la fois propriétaires des parts cédées et actionnaires majoritaires, à eux tous, de la société cessionnaire – on peut en effet hésiter à affirmer que le fait que le prix soit le même et que la vente soit simultanée suffit –, la question de l'application du 7^{ème} alinéa de l'article 223 B n'est pas résolue. La définition du contrôle conjoint donnée par la décision *SAS FTR*, qui renvoie à la notion d'action de concert, va au-delà. Elle nécessite l'existence d'un accord conclu en vue d'acquérir, de céder ou d'exercer des droits de vote « *pour mettre en œuvre une politique vis-à-vis de la société* ». Et il nous semble difficile d'admettre que la concertation pour une action de cession ponctuelle, même si elle conduit à l'obtention d'un avantage fiscal pour le groupe intégré, puisse tenir lieu de « politique » vis-à-vis de Virbac.

Ajoutons que nous ne sommes dans aucun des cas de présomption d'action de concert tels qu'ils résultent de l'article L. 223-10 du code de commerce. Ce qui se rapproche le plus de la situation des enfants Dick est le cas des associés d'une SAS, qui sont réputés agir de concert à l'égard des sociétés que celle-ci contrôle. Mais les enfants Dick possèdent Virbac au travers de la société Investec, qui, d'après les pièces du dossier de la cour, semble être une SA, d'une société civile et d'une indivision ...

Enfin, s'agissant d'une mesure de « police fiscale » qui organise une dérogation à une règle, celle de la déductibilité des charges, il nous semble qu'une interprétation stricte est de mise et qu'il convient d'autant plus de s'en tenir à la lettre des textes que le législateur a eu l'ambition de prévoir un dispositif précis avec des exceptions précisément définies.

Nous vous invitons donc à casser l'arrêt pour erreur de droit, la cour n'ayant pas correctement caractérisé l'existence d'un contrôle conjoint, par action de concert, des enfants Dick sur Virbac et, par transitivité, sur Interlab.

Et, par ces motifs, nous concluons à l'annulation de l'arrêt attaqué, au renvoi de l'affaire à la cour et à ce que l'Etat verse à la société la somme de 3000€ au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.