

3^{ème} et 8^{ème} chambres réunies
Séance du 25 mai 2018
Lecture du 6 juin 2018

CONCLUSIONS

M. Vincent DAUMAS, rapporteur public

Vous devrez vous pencher, pour résoudre cette affaire, sur les dispositions d'un certain article 238 *bis-0 I bis*, dont vous aurez deviné, affublé qu'il est d'un tel numéro, qu'il ne peut trouver sa place que dans le code général des impôts (CGI).

Dans le cadre de la déréglementation financière qui a marqué la première moitié des années 1980, le législateur a autorisé l'émission de valeurs mobilières représentatives d'un droit de créance sur la société émettrice, remboursables après désintéressement des autres créanciers : c'était l'objet des dispositions de l'article 339-7 de la loi de 1966 sur les sociétés commerciales¹, introduites dans cette loi vénérable par l'article 1^{er} d'une loi du 14 décembre 1985², et qui figurent aujourd'hui à l'article L. 228-97 du code de commerce. Sur le fondement de ces dispositions ont été émis des titres de créances dits « TSDI », pour titres subordonnés à durée indéterminée : subordonnés parce que le remboursement de la créance n'intervenait qu'après désintéressement des autres créanciers ; à durée indéterminée parce que l'échéance de ce remboursement, précisément, ne pouvait être connue à la date de l'émission, dès lors qu'elle dépendait du désintéressement préalable des autres créanciers. Vous avez déjà rencontré ces TSDI à l'occasion d'une affaire *SAS Holcim Investments France* (CE 24 juin 2015, n° 368671, inédite au Recueil, RJF 10/2015 n° 765), rendue aux conclusions de Benoît Bohnert, auxquelles nous empruntons largement.

Les titres en question présentaient le grand avantage d'être traités, dans les comptes sociaux, comme des quasi-fonds propres. L'engouement qu'ils ont connu, notamment auprès des sociétés du secteur public, qui ne pouvaient guère compter sur des augmentations de capital pour accroître leurs fonds propres, a encore été accru lorsque se sont développés des montages dits de « reconditionnement » de ces TSDI. Schématiquement, un tel montage comportait quatre étapes successives : 1° une société émettait des TSDI représentant, disons, une créance de 1 000 ; 2° elle remettait à un trust ou une autre entité similaire, contrôlé par elle et de préférence situé dans un pays à fiscalité privilégiée, une partie des fonds collectés auprès des souscripteurs – disons 250 –, censée représenter des intérêts dits « précomptés »³ ;

¹ Loi n° 66-537 du 24 juillet 1966 sur les sociétés commerciales.

² Loi n° 85-1321 du 14 décembre 1985 modifiant diverses dispositions du droit des valeurs mobilières, des titres de créance négociables, des sociétés et des opérations de bourse.

³ Cette somme confiée à la gestion du trust était présentée comme correspondant à la valeur actuelle de la somme des intérêts futurs dus par la société émettrice au trust en rémunération des titres qu'il était appelé à détenir à partir du débouclage de l'opération à l'égard des souscripteurs (donc généralement à compter de la seizième année suivant l'émission des titres) et jusqu'à une durée indéterminée.

3° cette partie des fonds était investie par le trust en instruments financiers sans risque – généralement des obligations à coupon zéro⁴ portant sur une dette souveraine –, pendant une période suffisamment longue – généralement 15 ans – pour permettre à la somme investie, une fois augmentée des intérêts acquis du fait de son placement, d’atteindre au moins la valeur nominale de la souscription initiale (donc 1 000) ; 4° les souscripteurs s’étant engagés initialement à revendre les TSDI au trust, au terme de la période précitée, à leur valeur nominale (soit 1 000), et celui-ci s’étant engagé à les leur racheter à cette même valeur, les souscripteurs initiaux se retrouvaient, au terme de cette période, remboursés de la totalité de leur mise. Au terme de ces différentes étapes, les TSDI demeuraient inscrits, pour leur valeur nominale, à l’actif du trust et au passif de la société émettrice, améliorant ainsi le bilan de cette dernière, de manière largement artificielle puisque l’opération d’emprunt sous-jacente se trouvait, en réalité, débouclée.

S’agissant du régime fiscal applicable à une telle opération, l’administration fiscale avait longtemps considéré qu’il n’y avait pas lieu d’imposer dans le chef de la société émettrice des TSDI les produits financiers retirés par le trust du placement des « intérêts précomptés ». Toutefois, en contrepartie, l’administration avait décidé de limiter la déductibilité des intérêts versés par la société émettrice aux souscripteurs des TSDI au prorata de la partie des fonds restant à la disposition de la société – soit en général une déduction de ces intérêts limitée à 75 % environ de leur montant. Tout cela avait été formalisé, le plus souvent, par des lettres de rescrit.

Le législateur a fini par s’aviser du traitement comptable et fiscal très favorable des TSDI reconditionnés. Il est intervenu une première fois en 1992⁵ pour prévoir en substance, à l’article 238 *bis*-0 I du CGI, l’imposition entre les mains de la société émettrice des produits financiers retirés par le trust du placement de la partie de l’émission confiée à sa gestion. Cette réforme, applicable en principe pour la détermination des résultats imposables des exercices ouverts à compter du 1^{er} janvier 1992, a fait perdre aux TSDI reconditionnés une bonne part de leur attrait. Toutefois, elle n’a pas été appliquée par l’administration aux émissions réalisées jusqu’en 1992 – là encore, le plus souvent, par voie de rescrit –, afin de ne pas remettre en cause l’équilibre financier des opérations déjà lancées.

Presque 13 ans plus tard, le législateur a remis l’ouvrage sur le métier en adoptant les dispositions codifiées à l’article 238 *bis*-0 I *bis* du CGI – immédiatement à la suite, donc, de celles dont nous venons de parler. Ces dispositions sont issues de la loi de finances pour 2006⁶, dont les travaux préparatoires éclairent parfaitement quelles étaient les motivations du législateur. Celui-ci faisait le constat que le principal objectif recherché en 1992 avait été atteint, puisqu’en pratique, plus aucun TSDI reconditionné faisant intervenir un tiers installé à l’étranger n’avaient été émis depuis lors. Toutefois, arrivaient à maturité, ou peu s’en faut, les TSDI reconditionnés émis entre 1988 et 1992 – une trentaine d’opérations seulement mais qui représentaient des montants importants, de l’ordre d’une dizaine de milliards d’euros. Le législateur a souhaité, d’une part, imposer les produits financiers retirés par le trust du placement de la partie de l’émission confiée à sa gestion – en prévoyant, à la différence des modalités retenues en 1992, une imposition en une seule fois et non au fil de l’eau. Le législateur a souhaité également, d’autre part, inciter les sociétés émettrices à mettre en ordre leurs comptes en procédant au rachat des TSDI détenus par les trusts utilisés dans les opérations de reconditionnement – et pour cela il a prévu qu’en cas de rachat des TSDI, l’annulation de la dette correspondante n’entraînerait pas d’imposition supplémentaire.

⁴ C’est-à-dire dont les intérêts sont versés en une seule fois, à l’échéance des obligations.

⁵ Loi n° 92-1476 du 31 décembre 1992 de finances rectificative pour 1992, article 55.

⁶ Loi n° 2005-1719 du 30 décembre 2005 de finances pour 2006, article 23.

Nous ne croyons pas utile de vous exposer précisément les modalités prévues par les dispositions de l'article 238 *bis-0 I bis* du CGI pour imposer les produits provenant de la fraction de l'émission placée à l'étranger puisque le pourvoi dont vous êtes saisi pose uniquement une question relative au champ d'application de ces dispositions.

La société anonyme Promodès a souscrit le 12 mars 1991 un contrat de prêt subordonné à durée indéterminée – un « PSDI » donc –, pour un montant de près de 1,4 milliard de francs, auprès de la banque Barclays. Cette convention prévoyait un dispositif de reconditionnement tout à fait comparable à celui que nous avons décrit tout à l'heure : une partie de la somme prêtée, censée représenter de futurs intérêts précomptés, devait être confiée à des trusts situés dans des pays à fiscalité privilégiée, contrôlés par la société Promodès, pour y être investie en obligations zéro-coupon, à charge pour ces trusts de rembourser le prêt à sa valeur nominale, à l'échéance principale de 15 ans, au moyen de cette somme augmentée des intérêts capitalisés en franchise d'impôt. Au risque de complexifier la présentation des faits – mais on sait que ces derniers sont têtus –, vous devez encore savoir que ce PSDI a fait l'objet d'un rachat en 1996 par la banque Indosuez, qui a procédé à la titrisation de la créance correspondante, dans des conditions dont nous vous épargnons les détails.

A l'expiration de la période initiale de 15 ans prévue par le PSDI, la société Carrefour, venant aux droits de la société Promodès, a spontanément fait application des dispositions de l'article 238 *bis-0 I bis* du CGI. C'est-à-dire qu'elle a inclus, dans ses résultats déclarés pour l'établissement de l'impôt sur les sociétés et de la contribution sociale sur cet impôt⁷ dus au titre de l'année 2006, des sommes représentatives des produits financiers perçus par les trusts intervenus dans l'opération de reconditionnement du PSDI conclu en 1991. A la suite d'une vérification de comptabilité, l'administration fiscale a estimé que ces sommes – environ 48 millions d'euros – avaient été inexactement calculées et elle en a rehaussé le montant d'un peu plus de 3,6 millions d'euros. La société Carrefour a réagi en présentant deux réclamations, l'une à l'encontre des impositions supplémentaires mises à sa charge par l'administration à la suite de ce rehaussement, l'autre à l'encontre des impositions primitives établies conformément à ses déclarations. Vous n'êtes saisi en cassation que du litige soulevé par la société à la suite du rejet de cette seconde réclamation.

A l'appui de sa réclamation tendant à la réduction des impositions primitives acquittées par la société, celle-ci a soutenu – après s'être ravisée – que les dispositions de l'article 238 *bis-0 I bis* du CGI ne s'appliquent pas à un PSDI, tel que celui conclu par elle en 1991. Elle a fait valoir, à l'appui de cette position, que les dispositions en question n'incluent dans leur champ d'application que les produits provenant du placement hors de France de sommes reçues lors de l'émission de valeurs mobilières – autrement dit, des titres de créances, tels les TSDI. Sa réclamation ayant été rejetée, la société a porté le litige devant le tribunal administratif de Montreuil, sans succès – le tribunal administratif a été sensible à l'argumentation de l'administration fiscale tendant à assimiler TSDI et PSDI. La société a fait appel devant la cour administrative d'appel de Versailles, qui a inversé la solution, par un arrêt signalé C+ pour son intérêt jurisprudentiel, publié à la Revue de jurisprudence fiscale et commenté en doctrine (CAA Versailles, 5 juillet 2016, SA Carrefour, n° 14VE02647, C+, RJF 11/2016 n° 947 avec concl. B. Coudert, Dr. fisc. 2016 n° 45 comm. 579 avec ces mêmes concl. ; C. Acard, Fiscalité financière, Dr. fisc. 2017 n° 5-6 étude 147 – voir le n° 3).

La cour administrative d'appel, pour faire droit aux prétentions de la société, a relevé que les parties s'accordaient sur la qualification de l'opération à l'origine du litige – un prêt subordonné à durée indéterminée et non un titre éponyme. Elle a admis que ce PSDI poursuivait le même objectif, selon les mêmes modalités, que les opérations comportant

⁷ Contribution prévue par les dispositions de l'article 235 *ter* ZC du CGI.

l'émission de TSDI, et avait les mêmes caractéristiques essentielles. Toutefois, la cour a jugé qu'à la différence des opérations comportant l'émission de TSDI, l'opération en litige n'avait pas donné lieu à l'émission de valeurs mobilières relevant des dispositions de l'article L. 228-97 du code de commerce, alors que le champ d'application des dispositions de l'article 238 *bis-0 I bis* du CGI est défini par référence à l'émission de telles valeurs.

Le ministre se pourvoit en cassation en soulevant, à l'encontre de ces motifs, un moyen d'erreur de droit. Il fait valoir, ce qui est parfaitement exact, que le champ d'application de l'article 238 *bis-0 I bis* du CGI ne mentionne pas les TSDI mais les « valeurs mobilières relevant des dispositions de l'article L. 228-97 du code de commerce ». Là où nous ne le suivons pas, en revanche, c'est lorsqu'il affirme que ce terme de « valeurs mobilières » est une expression générique employée par le législateur pour englober aussi bien les opérations donnant lieu à l'émission de TSDI que celles donnant lieu à la conclusion de PSDI. Tout comme au rapporteur public devant la cour administrative d'appel, Bruno Coudert, il nous semble que la nature même du PSDI – sa nature de contrat – fait obstacle à toute assimilation à une valeur mobilière.

Rappelons que les valeurs mobilières ne sont pas des contrats : elles constituent des titres financiers (voir en ce sens l'article L. 211-2 du code monétaire et financier), ce qui les rend en principe négociables (art. L. 211-14 du même code), et elles donnent lieu à des procédures d'émission et d'inscription en comptes tout à fait spécifiques (art. L. 211-3 et L. 211-4). La lettre de l'article 238 *bis-0 I bis* du CGI est donc claire et elle exclut de son champ d'application les PSDI. Quant aux travaux préparatoires de la loi de finances pour 2006 d'où ces dispositions sont issues, auxquels le ministre se réfère, ils n'incitent en rien, contrairement à ce qu'il soutient, à adopter une autre lecture de la loi : il en ressort que le législateur avait en tête, de bout en bout, les TSDI, et aucune mention n'est jamais faite de contrats de prêts susceptibles de présenter les mêmes caractéristiques. Il est fâcheux, bien sûr, que le législateur n'ait adapté la loi fiscale qu'aux particularités des premiers de ces instruments, sans traiter des seconds, alors que la problématique paraît rigoureusement la même. Mais la lecture de la loi adoptée par la cour administrative d'appel nous semble la seule compatible et avec sa lettre et avec les intentions du législateur.

Terminons en indiquant que la titrisation du PSDI litigieux intervenue en 1996 n'est pas de nature à modifier la solution du litige – et le ministre, d'ailleurs, ne s'en prévaut pas. Il ressort en effet des termes mêmes du II de l'article 238 *bis-0 I bis* du CGI que ses dispositions ne s'appliquent qu'à des émissions de valeurs mobilières intervenues au plus tard en 1992. A supposer même que la titrisation du PSDI puisse être regardée comme l'émission d'un TSDI, celle-ci serait donc intervenue trop tard pour entrer dans le champ d'application *ratione temporis* de l'article 238 *bis-0 I bis* du CGI.

Par ces motifs nous concluons dans le sens qui suit :

1. Rejet du pourvoi ;
2. Mise à la charge de l'Etat d'une somme de 3 000 euros au titre des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.