

N° 406709
Société Alliance Développement Capital

N° 406714
Société Acanthe Développement

10ème et 9ème chambres réunies
Séance du 19 décembre 2018
Lecture du 28 décembre 2018

CONCLUSIONS

Mme Anne ILJIC, rapporteure publique

Tout en étant distincts, les deux pourvois qui viennent d'être appelés présentent à juger des questions partiellement identiques. Nous traiterons principalement dans ces conclusions de celui introduit sous le n° 406709 par la société Alliance Développement Capital (ADC), qui présente le plus de questions à juger et permet de répondre également à celles posées, sous le n° 406714, par celui de la société Acanthe Développement.

La société ADC, dont l'objet social est l'acquisition et la construction d'immeubles en vue de la location et la détention de participations dans des sociétés exerçant une telle activité - et qui a pour principal actionnaire la société Acanthe développement - a fait l'objet d'une vérification de comptabilité au titre de ses exercices clos en 2003 et en 2004. S'en sont suivies des cotisations supplémentaires en matière d'IS pour un montant total d'environ 10 M € (dont 370 000 € environ au titre de l'exercice 2003 et 970 000 € environ au titre de l'exercice 2004), réparties en trois chefs de redressement, qui demeurent tous trois en litige en cassation. La société n'a en effet que partiellement obtenu gain de cause en première instance (jugement n°s 1203170, 1203177 du 10 décembre 2014 du tribunal administratif de Paris) et la cour administrative d'appel de Paris, par son arrêt du 8 novembre 2016 (n°15PA00980), a pour sa part intégralement rejeté les conclusions d'appel qu'avait présentées la société.

Sont d'abord critiqués les motifs de l'arrêt relatifs à **la remise en cause par le fisc de la déduction d'une perte à raison de l'annulation de bons de souscription d'actions au titre de l'exercice 2003** (point 4 de l'arrêt attaqué). Sur ce point, le ministre indique en défense s'en remettre à la sagesse du Conseil d'Etat.

En vue d'opter pour le régime des sociétés d'investissement immobilier cotées (SIIC), qui implique de disposer d'un capital social d'au moins 15 M € (article 208 C du code général des impôts), la société ADC a procédé en 2002 à une augmentation de capital par émission et attribution d'environ 2 M de bons de souscription d'actions, donnant droit à la souscription d'actions nouvelles moyennant un prix d'exercice unitaire de 13 €.

La société requérante s'est trouvée détentrice d'une partie des bons qu'elle avait émis à la suite de la fusion-absorption par transmission universelle de patrimoine d'une de ses filiales, la société Eyra, qui avait elle-même reçu, au terme de plusieurs opérations qu'il n'est

pas utile de détailler ici, une partie des bons initialement attribués à son actionnaire majoritaire, la société Acanthe Développement. Elle a alors comptabilisé la valeur de ces bons - près de 9,4 M € - comme une perte nette sur cession de valeurs mobilières de placement. Mais l'administration a refusé la déduction de cette perte, au motif qu'elle aurait dû être imputée non sur les résultats de la société mais sur ses capitaux propres.

En première instance, le tribunal administratif avait expressément pris position sur ce point, jugeant, dans le sens de l'administration qu'« une telle opération, correspondant au rachat, par une société, de droits sur son propre capital, est par elle-même sans influence sur la détermination, conformément aux prescriptions de l'article 38-2 du code général des impôts, de ses bénéfices sociaux ». Mais la cour s'est placée sur un autre terrain. Mobilisant la théorie dite du prix d'acquisition, elle a estimé « qu'en toute hypothèse, la circonstance que la société ADC ait, du fait de l'absorption de sa filiale, annulé les bons de souscription de ses propres actions dont elle s'est trouvée détentrice n'est pas de nature à elle seule à établir qu'elle aurait subi une perte égale à la valorisation de ces bons telle que ressortant des écritures de sa filiale, alors notamment que la perte alléguée a pu être prise en considération de manière anticipée dans le cadre de la fusion-absorption de la société Eyra ». Elle en a déduit que « la société ADC ne [démontrait] pas, comme il lui [revenait] de le faire s'agissant de la déduction d'une perte, que celle-ci devait être admise en déduction de ses résultats de l'exercice 2003 sur le fondement de l'article 38-2 du code général des impôts ».

Est d'abord soulevé un moyen tiré de l'insuffisante motivation de l'arrêt de la cour à s'être fondée sur le motif purement hypothétique selon lequel la perte aurait pu être prise en compte dans le cadre de la fusion. Cette façon de faire nous semble effectivement poser problème, mais ce problème ne peut être saisi sous l'angle de l'insuffisance de motivation.

C'est sur le terrain de l'erreur de droit que nous vous proposons de censurer la cour, non pas à avoir refusé de transposer le raisonnement de votre décision Rexel Développement (CE, 1^{er} avril 2015, Min. c/ Société Rexel Développement, n° 362317, T. pp. 647-649 ; voyez également, pour les développements récents de cette jurisprudence : CE, 22 octobre 2018, Schneider Electric, n° 375213, à mentionner aux Tables), puisqu'elle ne s'est pas prononcée sur le traitement de l'opération litigieuse, mais en raison du détour qu'elle a fait par la théorie jurisprudentielle du prix d'acquisition, et qui lui a précisément permis d'éviter la question de savoir si l'annulation par une société de ses propres bons de souscription d'actions était susceptible d'avoir une incidence sur la détermination de son résultat imposable, alors que c'est cette question qui était au cœur du différend opposant la requérante et l'administration.

En première analyse, se pose la question de savoir si la théorie du prix d'acquisition (CE, 7 mai 1941, n° 59848, Dupont p. 12), qui détermine les règles de déductibilité, chez la société absorbante, des charges nées avant la fusion chez la société absorbée, pourrait trouver à s'appliquer dans ce cas de figure. Mais en tout état de cause, la détermination du prix d'acquisition de la société Eyra dans le cadre de la fusion-absorption n'avait d'après ce qui ressort des pièces du dossier soumis aux juges du fond jamais été en débat, que ce soit devant l'administration ou devant le juge. En se fondant sur ce motif tout à fait hypothétique pour estimer que la société n'avait de toute façon pas apporté la preuve qui lui incombait de la déductibilité de la perte qu'elle avait constatée, il nous semble que la cour a commis une erreur de droit. Compte tenu de la manière dont s'est noué le litige, nous vous invitons à juger qu'elle ne pouvait s'abstenir de rechercher si l'annulation de ses propres bons de souscription d'actions était susceptible de générer chez la société requérante une perte déductible ou si elle constituait une simple opération en capital n'affectant pas son résultat imposable.

Sont ensuite critiqués les motifs de l'arrêt **relatifs à la mise en œuvre de l'article L. 64 du livre des procédures fiscales**. Cette partie du pourvoi de la société ADC est identique à celui présenté sous le n° 406714 par la société Acanthe Développement.

Les questions posées ayant toutes déjà été tranchées par vos précédents, nous serons relativement rapide.

Sont en cause des montages de type « coquillard » qui vous sont familiers, consistant à acquérir des sociétés ayant cessé leur activité initiale et liquidé leurs actifs – les « coquilles » - dans le but d'en récupérer les liquidités par le versement de dividendes exonérés d'impôt sur les sociétés en application du régime des sociétés mères (art. 145 et 216 du code général des impôts), sans prendre de mesure de nature à leur permettre de reprendre et développer leur ancienne activité ou d'en trouver une nouvelle. Vous avez admis la possibilité de remettre en cause ce type de montage sur le terrain de l'abus de droit par fraude à la loi par vos décisions Société Garnier Choiseul Holding de 2013 (CE, 17 juillet 2013, n° 352989, 356523, 360706 : RJF 11/13 n° 1064, avec chronique E. Bokdam-Tognetti p. 883, concl. F. Aladjidi BDCF 11/13 n° 119) et Min c/ Sté Groupement Charbonnier Montdidérien et Min. c/ Kerry de 2014 (CE, 23 juin 2014, n° 360708 : RJF 10/14 n° 925 et CE, 23 juin 2014, n° 360709, concl. F. Aladjidi BDCF 10/14 n° 99).

En l'occurrence, sans entrer dans tout le détail des opérations, la société ADC a acquis des participations dans les sociétés EFC et LDH qui ne détenaient plus aucun actif, mais disposaient d'importantes liquidités. Ces sociétés ont procédé à d'importantes distributions de dividendes qui les ont privées de tout moyen de poursuivre ou reprendre leur activité, distributions qui ont été assorties de la comptabilisation par la requérante de provisions pour dépréciation de titres qui ont permis de neutraliser le produit de la distribution des dividendes. La société ADC ayant entretemps opté pour le régime des sociétés mères, elle a déduit de son résultat imposable 95% des dividendes perçus. Au total, ces opérations lui ont permis de générer des économies d'impôt sur les sociétés immédiates et de créer des déficits reportables. Le même type de montage a été mis en œuvre par la société Acanthe Développement via l'acquisition de titres des sociétés coquilles Tissage Millotte et Courbet. L'administration a écarté les différents actes passés par les sociétés sur le fondement de l'article L. 64 du livre des procédures fiscales, au motif qu'ils étaient contraires aux intentions des auteurs du régime des sociétés mères et poursuivaient un but exclusivement fiscal (CE 27 septembre 2006, Min. c/ Sté Janfin, n° 260050 : RJF 12/06 n° 1583 avec chronique Y. Bénard p. 1083 et concl. L. Olléon BDCF 1206 n° 156 ; CE, 28 février 2007, Min. c/ Sté Persicot, n° 284565, RJF 5/07 n° 599, concl. L. Vallée BDCF 5/07 n° 61).

Sur la première condition, tenant à la contrariété aux intentions des auteurs de la loi, la cour n'a pas commis d'erreur de droit en jugeant que l'acquisition par les sociétés ADC et Acanthe Développement de sociétés coquilles allait à l'encontre des objectifs poursuivis par les auteurs du régime des sociétés mères. Par vos décisions Min. c/ Société Garnier Choiseul Holding de 2013 et Min. c/ Groupement charbonnier Montdidérien et Min. c/ Kerry de 2014, précitées, vous avez précisément jugé que la création de ce régime fiscal poursuivait l'objectif d'implication des sociétés mères dans le développement économique de leurs filles pour les besoins de la structuration et du renforcement de l'économie française. Le fait que cet objectif n'ait été formulé par vos soins qu'en 2013 au terme d'une « descente en rappel au fin fond de l'histoire du régime des sociétés mères » depuis 1920 (selon les termes d'E. Bokdam-Tognetti dans sa chronique à la RJF 11/13 p. 883) et que les deux critères de l'abus de droit par fraude

à la loi n'aient eux-mêmes été identifiés qu'en 2006 et 2007 ne change rien à l'affaire. Les précédents que nous venons de citer portent d'ailleurs tous sur des montages datant de 2003.

Se rattache à ce moyen celui, spécifique à la société ADC, tiré de ce que dès lors que les participations qu'elle avait acquises dans les sociétés coquilles étaient minoritaires, elle ne pouvait exercer d'influence déterminante sur les distributions opérées par ces dernières. Mais la cour n'a pas commis d'erreur de droit ni entaché son arrêt d'insuffisance de motivation en jugeant que les requérantes constituaient avec leurs filiales distributrices un groupe informel, signifiant par là qu'elles étaient contrôlées par les mêmes personnes.

Sur la seconde condition, tenant à l'existence un but exclusivement fiscal, la société ADC critique les motifs par lesquels la cour a répondu à son moyen tiré de qu'elle aurait retiré de l'opération un gain significatif global de 1,7 M € correspondant à la différence entre le montant des dividendes reçus et celui de la provision pour dépréciation qu'elle a constituée. Sur ce point les juges d'appel ont estimé cette différence comptable ne pouvait être regardée, en dépit de son montant, comme de nature à justifier les actes passés par la société alors qu'elle avait tiré de l'opération un avantage fiscal consistant en une réduction de sa base imposable de 5,6 M €, ayant généré un gain d'impôt sur les sociétés d'un peu plus d'1,8 M €. Des motifs similaires sont critiqués sous le n° 406714 par la société Acanthe Développement.

Les requérantes voudraient vous faire juger, comme dans l'affaire Min. c/ Groupement Charbonnier Montdidérien, que la décote avec laquelle les titres des filiales ont été achetées par rapport au montant de leurs liquidités représentait à elle seule un gain financier de nature à faire obstacle à la qualification d'abus de droit. Mais vous pourrez leur faire la même réponse que celle que vous avez apportée dans ces affaires pour écarter le moyen d'erreur de droit qu'elles soulèvent : une telle différence comptable ne peut être regardée comme de nature à justifier les opérations litigieuses dès lors qu'en l'absence de tout autre effet de ces dernières, elle ne peut résulter que d'un partage de l'avantage fiscal entre le cédant et le cessionnaire (nous renvoyons aux conclusions de F. Aladjidi sur ces deux affaires).

Sous le n° 406709, la société ADC critique ensuite les motifs de l'arrêt relatifs au troisième chef de redressement dont elle a fait l'objet, qui concerne l'imposition de **la plus-value de 2,3 M € résultant de la cession des titres de participation qu'elle détenait dans la société SAMRIF**.

Ce chef de redressement est directement lié à la disparition des déficits artificiellement créés par la société dans le cadre du montage de type « coquillard » que nous vous décrivions à l'instant, du fait de la rectification opérée par le fisc sur le fondement de l'article L. 64 du livre des procédures fiscales.

Comme vous le savez, par l'article 39 quindecies I,1 du code général des impôts, le législateur a offert aux entreprises le choix entre l'imposition séparée à taux réduit des plus-values nettes à long terme et la compensation de ces plus-values avec un déficit ordinaire constaté au titre de l'exercice ou reportable sur cet exercice, permettant d'éviter ou au moins de réduire cette imposition à concurrence du montant de la plus-value ainsi imputée. En cas d'option pour cette dernière possibilité, le déficit annulé ne peut bien sûr plus compenser les bénéfices dégagés lors des exercices ultérieurs, qui seront alors taxés au taux normal de l'impôt sur les sociétés.

En l'espèce, la société ADC avait opté pour l'exercice de cette compensation. Elle a imputé la plus-value de 2,3 M € résultant de la cession des titres de participation de la société SAMRIF sur le déficit de l'exercice et sur ses déficits reportables des exercices précédents. Mais, comme nous venons de le voir, ces déficits ont été remis en cause par l'administration. En conséquence, cette dernière a imposé l'intégralité du bénéfice rectifié, incluant cette plus-value de 2,3 M €, au taux normal de l'impôt sur les sociétés. La société ADC soutient de son côté que cette somme aurait dû être imposée au taux réduit applicable aux plus-values à long terme, faisant valoir que l'application de ce régime dérogatoire favorable était de droit.

Vous avez jugé que l'exercice du choix effectué par le contribuable entre l'imposition à taux réduit et la compensation ouverte par l'article 39 quindecies, qui se matérialise par les mentions portées sur la déclaration de résultats ou le tableau des plus-values joint à cette déclaration, revêt le caractère d'une décision de gestion (CE, 20 avril 1984, n° 37050 : RJF 6/84 n° 719 concl. Ph/ Léger Dr. fisc. 1/85 ; CE, 11 février 1994, Sté Etablissements Dupeux, n° 117302 : RJF 4/94 n° 388 concl. G. Bachelier BDCF 4/94 n° 388), dont le propre est d'être opposable à l'administration comme au contribuable (CE, 13 mars 1981, n° 12508 : RJF 4/81 n° 367, concl. C. Schricke p. 161).

Il est vrai que vous avez admis que lorsqu'un contrôle établit qu'un contribuable a réalisé une plus-value nette à long terme imposable au cours d'un exercice déficitaire, la seule circonstance qu'il n'ait pas respecté ses obligations déclaratives ne peut le priver de la faculté de demander à l'administration ou au juge de l'impôt le bénéfice de la compensation prévue par l'article 39 quindecies, I,1. Mais c'est parce que dans le cas particulier dans lequel le contribuable s'est abstenu de déposer sa déclaration de résultats, vous avez estimé qu'il ne pouvait être regardé comme ayant pris une décision de gestion consistant à refuser d'exercer l'option pour la compensation permise par les textes (CE, 10 août 2007, M..., n° 277113 et CE, 10 août 2007, Société Mazamet Distribution, n° 277238 : RJF 12/07 n° 1379, concl. contraires E. Glaser BDCF 12/07 n° 136).

A l'inverse, par votre décision Eurogim, vous avez jugé que lorsque le contribuable a bien exercé cette option mais que, dans le cadre du contrôle, l'administration rehausse le montant net des plus-values de l'exercice, ce rehaussement n'ouvre pas de nouveau droit d'option au contribuable. Comme l'indiquait Nathalie Escaut dans ses conclusions sur cette décision, en traitant la part supplémentaire de plus-value selon l'option choisie par ce dernier, l'administration se borne à tirer les conséquences de la décision de gestion qu'il a prise (CE 25 février 2011, Min c/ Eurogim, n° 338715 : RJF 5/11 n° 550, concl. N. Escaut BDCF 5/11 n° 55). Cette solution s'explique par le fait que l'option offerte par l'article 39 quindecies I, 1 ne s'exerce pas plus-value par plus-value mais de manière globale, sur le solde des plus-values et moins-values de l'année. Elle est cohérente avec la jurisprudence antérieure, par laquelle vous avez jugé que la circonstance que le contribuable ait exercé l'option en faveur de l'imposition au taux réduit en escomptant bénéficier d'une doctrine administrative abrogée en cours d'année ne retirait pas à cette option le caractère d'une décision de gestion opposable à ce dernier comme à l'administration (11 février 1994, Sté Etablissements Dupeux, n° 117302, précitée).

Nous ne croyons pas qu'il faille raisonner différemment lorsque, dans le cadre du contrôle, l'administration modifie le solde des plus-values et lorsque, comme en l'espèce, elle annule ou réduit le déficit de l'exercice. Le fait que l'option choisie par le contribuable se révèle finalement défavorable à ce dernier ne lui retire en rien le caractère de décision de

gestion. C'est au contribuable qu'il revient d'assumer le risque d'erreurs dans les montants déclarés.

En l'espèce, nous pensons que la remise en cause des déficits de la société ADC n'a pas eu pour effet de lui ouvrir un nouveau droit d'option. Puisqu'elle n'a pas initialement déclaré les plus-values retirées de la cession des titres de participation qu'elle détenait dans la société SAMRIF en tant que plus-values à long terme imposables à taux réduit, nous sommes d'avis, même si cette solution est sévère, qu'elle ne peut plus demander à l'administration ou au juge de l'impôt le bénéfice de ce régime favorable.

En effet, contrairement à ce que soutient la société et comme nous l'avons déjà laissé entendre en rappelant que l'option pour l'imposition à taux réduit constituait une décision de gestion, ce régime n'est pas de droit. Il constitue une dérogation, justifiée par le maintien des plus-values dans l'entreprise, et l'option en sa faveur doit dès lors être explicite, comme en témoigne le fait que la loi a longtemps imposé l'inscription des plus-values correspondantes à la réserve spéciale (voyez sur ce point aux conclusions d'E. Glaser au BDCF 12/07 n° 136 sur les arrêts M... et Société Mamazet Distribution, précités).

Nous vous proposons d'écarter le moyen tiré de l'erreur de droit qu'aurait commise la cour à n'avoir pas recherché si, compte tenu de la remise en cause par l'administration du déficit constaté par la société au titre de l'exercice 2004, elle n'était pas en droit de demander le bénéfice de l'imposition des plus-values au taux réduit.

Reste que la cour a qualifié l'option pour la compensation choisie par la société ADC de « décision de gestion délibérément irrégulière ayant pour seul but d'éluider l'impôt » avant d'en déduire qu'elle lui était opposable et qu'elle ne pouvait plus revendiquer le bénéfice du taux réduit d'imposition. Comme la requérante, nous croyons pour notre part que la décision de gestion prise par l'entreprise était bien régulière. La circonstance que l'existence des déficits ayant permis l'imputation de la plus-value litigieuse résultait d'un abus de droit ne nous semble pas devoir rétroagir sur ce point. Mais la qualification de la décision de gestion en cause de « délibérément irrégulière » ne nous semble à la réflexion pas déterminante dans le raisonnement de la cour, seul comptant le fait que la société ait pris une décision de gestion qui lui était opposable. Nous vous proposons d'écarter le moyen soulevé sur ce point comme dirigé contre une partie surabondante des motifs de l'arrêt.

Sous les deux numéros, les sociétés ADC et Acanthe Développement critiquent pour finir toutes deux les motifs des arrêts attaqués relatifs à la pénalité pour abus de droit de 80% qui leur a été infligée, en se prévalant des articles 6 et 8 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des principes généraux du droit pénal. Elles décèlent deux erreurs de droit dans les motifs retenus par la cour, la première à avoir jugé que ni l'article L. 64 du livre des procédures fiscales, ni le b) de l'article 1729 du code général des impôts, qui institue cette pénalité de 80%, ne présentaient d'ambiguïté quant à la définition de l'abus de droit qu'ils sanctionnent, et la seconde à avoir jugé que l'administration pouvait leur appliquer cette pénalité alors que les deux conditions de l'abus de droit par fraude à la loi et l'intention des auteurs du régime des sociétés mères ont été identifiées postérieurement aux opérations litigieuses.

Mais vous avez déjà écarté une argumentation similaire à l'occasion de l'examen des questions prioritaires de constitutionnalité soulevées dans les affaires Min. c/ Groupement Charbonnier Montdidérien et Min. c/ Kerry de 2014, et nous vous proposons d'écarter les

moyens d'erreurs de droit soulevés devant vous en faisant de même au regard des normes invoquées ici : vous pourrez relever, d'une part, qu'au regard de l'interprétation des dispositions de l'article L. 64 du LPF résultant de la jurisprudence constante du Conseil d'Etat depuis 1981 (CE, 10 juin 1981, n° 19079), le b) de l'article 1729 du code général des impôts ne comporte aucune ambiguïté quant aux infractions qu'il sanctionne, et d'autre part que l'intention des auteurs du régime des sociétés mères n'a pas été révélée par la décision Min. c/ Société Garnier Choiseul Holding mais lui préexistait.

PCMNC :

- sous le n° 406709, à l'annulation de l'arrêt attaqué en tant qu'il s'est prononcé sur le redressement résultant du refus de déduction au titre de l'exercice 2003 de la perte liée à l'annulation par la société ADC de bons de souscription de ses propres actions, au renvoi de l'affaire à la cour dans cette mesure, au rejet du surplus des conclusions du pourvoi et à ce que l'Etat verse à la requérante une somme de 1500 € au titre des frais de procédure ;
- sous le n° 406714, au rejet du pourvoi présenté par la société Acanthe Développement.