

CONCLUSIONS

M. Romain VICTOR, rapporteur public

1.- Il y a, dans cette affaire de fiscalité financière, cinq propositions de rectification. Et ces cinq propositions qui émanent d'un grand service de contrôle fiscal, la Direction des vérifications nationales et internationales (DVNI), sont, il faut bien le dire, assez inhabituelles. Sur la quarantaine de pages qu'elles comportent, l'essentiel est occupé par une analyse très pointue des titres financiers en cause, faisant appel à de nombreux concepts : niveaux de volatilité, taux de rendement interne, prise en compte de l'illiquidité, probabilité de sortie, décote de moindre diversification du risque, modèles de Black & Scholes, de Monte-Carlo et de Merton, prime de *put* et taux discret, avec plusieurs annexes comportant des formules de calcul stochastique qu'en toute honnêteté, nous sommes incapables de lire¹. L'analyse du fondement juridique du redressement tient, en revanche, en quatre petits paragraphes. Il est à craindre qu'il y ait là le symptôme d'une difficulté qui s'annonce insurmontable, dès lors qu'est en cause le droit fiscal et non la discipline des mathématiques.

2.- Acteur majeur de la restauration collective sous contrat, la société Elior Group est issue d'un rapprochement, opéré en 1993, entre deux entreprises du secteur : Orly Restauration, filiale du groupe Elitair, et la Générale de Restauration, ancienne filiale d'Accor que ses cadres dirigeants avaient racheté en 1991. Elior a poursuivi sa croissance et a été une première fois introduite en Bourse au cours de l'année 2000. En 2006, son dirigeant historique, M. Robert Zolade, par ailleurs actionnaire à titre personnel, s'est lancé dans une opération de rachat de son groupe, dans le cadre d'un montage de *Leverage Buy Out (LBO)*. La SCA Holding Bercy Investissement (HBI), qu'il contrôlait, s'est associée à deux sociétés de capital-risque, Charterhouse Capital Partners et Chequers Capital, dans le cadre d'une offre publique d'achat (OPA) destinée à permettre l'acquisition des 80,6% de la SCA Elior qu'elle ne détenait pas encore. Couronnée de succès, l'OPA a conduit à ce qu'au 30 janvier 2007, le capital de la société HBI soit détenu à 25,3% par Bagatelle Investissement et Management (BIM), holding personnelle de M. Zolade², et à 70,7% par les deux fonds d'investissement, agissant par l'intermédiaire d'une kyrielle de sociétés luxembourgeoises. L'opération valorisait la société à 1,74 milliard d'euros. Le titre Elior était retiré de la cote dans la foulée.

$$E(0) = V(0) N(d1) - D e^{-rT} N(d2) \text{ avec } d1 = (\ln(V0/D) + (r + \sigma_a^2/2).T) / (\sigma_a \sqrt{T})$$
$$\text{et } d2 = d1 - \sigma_a \sqrt{T}$$

¹ Par ex. :

² Deux autres fonds détenant ensemble le surplus, soit 4 %.

Comme souvent dans une opération de rachat avec effet de levier faisant intervenir des fonds d'investissement non désireux de gérer la société reprise, un mécanisme d'incitation des principaux managers (« *management package* ») était mis sur pied.

C'est ainsi qu'en mars 2007, les actionnaires d'HBI proposaient à environ 170 cadres employés par Elior, la holding BIM et les fonds d'investissement, de souscrire au capital de quatre sociétés par actions simplifiées créées pour l'occasion, les SAS Financière Elior, Fidelior, Sofilior et Eurelior, qui elles-mêmes souscrivaient environ 1 500 000 actions à bons de souscription d'actions (ABSA) émises par HBI.

On se souvient que les ABSA, qui appartiennent à la catégorie des valeurs mobilières composées, ont ceci de spécifique que chaque titre « primaire » est accompagné d'un bon de souscription d'action(s) (BSA) permettant au porteur de souscrire à une augmentation de capital future dans des conditions préétablies³. Il s'agit ainsi de titres de capital donnant accès à d'autres titres de capital.

En l'occurrence, trois catégories d'ABSA (dites ABSA 1, 2 et 3) étaient émises le 20 mars 2007 par HBI et souscrites par les quatre SAS pour un montant de 14 727 € en capital et 20 552 382 € de prime d'émission. Ainsi que le prévoyait le contrat d'émission, à chaque action ordinaire HBI était attaché un bon de souscription d'actions HBI dont le prix d'exercice était fixé à 11,17 €, ce montant correspondant à quelques centimes près au prix offert lors de l'OPA de juin 2006. Les BSA attachés à chaque action donnaient droit à souscrire un certain nombre d'actions HBI, ce nombre étant déterminé selon une formule sophistiquée, fonction de la profitabilité d'Elior. Les bons, qui ne pouvaient être cédés séparément de l'action primaire, ne pouvaient par ailleurs être exercés qu'en deux occasions : soit lors de l'introduction en bourse, soit lors d'une prise de contrôle par un tiers.

En l'occurrence, même si ce n'est pas au cœur du litige, il apparaît que les bons ont été effectivement exercés, en 2014, au débouclage du LBO, lors de la réintroduction en bourse d'Elior, permettant aux quatre SAS, et donc indirectement aux managers du groupe qui en étaient actionnaires, de réaliser un gain égal à la différence entre la valeur du titre Elior lors de l'introduction en bourse et le prix d'exercice, les titres nouveaux étant émis et souscrits pour être aussitôt revendus. Consécutivement, la société HBI, devenue Elior, fusionnait par voie d'absorption avec les SAS Financière Elior, Fidelior, Sofilior et Eurelior, qui avaient perdu leur raison d'être, ce qui explique que les cinq sociétés d'hier n'en forment plus qu'une seule aujourd'hui.

A l'issue d'une vérification de comptabilité, l'administration fiscale a informé la société HBI qu'elle rectifiait son résultat de l'exercice clos le 30 septembre 2007, en se fondant sur le motif que la valeur des ABSA souscrites par les quatre SAS avait été minorée à concurrence de la somme de 9 363 321 €. Elle lui reprochait, ce faisant, d'avoir renoncé à percevoir ce montant, et consenti par voie de conséquence une libéralité à ces quatre sociétés,

³ *Droit financier*, A. Couret, H. Le Nabasque et autres, Précis Dalloz, 3^{ème} éd., sept. 2019, n° 579 p. 409. Jcl Sociétés Traité, *Titres de créance, titres composés, contrats financiers*, Th. Granier, juin 2020, n° 40.

réintégrée au résultat passible de l'IS sur le fondement de l'article 38, 2 du CGI, auquel renvoie l'article 209 de ce code, ce dont il est résulté une réduction du montant du déficit reportable, ramené de 197 M€ à 188 M€.

Parallèlement, l'administration a notifié à chacune des SAS sa décision de les imposer, sur le fondement des dispositions de l'article 109, 1, 2° de ce code, à raison des revenus distribués que leur aurait procurés la souscription des ABSA à prix minoré, soit un redressement en base de 6 356 536 € pour Financière Elixir, 1 520 356 € pour Fidelior et 743 214 € pour Eurelixir et Sofilior. Les suppléments d'IS, majorés d'intérêts, assignés aux quatre SAS ont été mis en recouvrement le 9 décembre 2013.

Après rejet des réclamations présentées au nom de ces sociétés, la SA Elixir a soumis le litige au tribunal administratif de Paris tandis que l'administration a transmis d'office à ce tribunal la réclamation présentée par cette société en ce qui concerne la rectification de son propre résultat. Par un jugement unique du 15 juin 2016, coté C+, ce tribunal a accueilli les demandes de la contribuable. D'une part, estimant mal-fondé le rehaussement en base notifié à HBI, il a remis en cause la diminution de son déficit reportable. D'autre part, il a prononcé la décharge des impositions qui avaient été assignées aux quatre SAS.

Le ministre de l'action et des comptes publics se pourvoit en cassation contre l'arrêt du 7 février 2019 par lequel la cour administrative d'appel de Paris a rejeté son appel.

2.- L'arrêt attaqué expédie les redressements en deux paragraphes cinglants.

S'agissant, d'une part, de la rectification du résultat d'HBI, société émettrice des ABSA, la cour, après avoir rappelé que les suppléments d'apport doivent, en vertu de l'article 38, 2 du CGI, être retranchés du montant du bénéfice net, juge que les ABSA, s'agissant de titres donnant accès au capital et relevant comptablement d'une inscription en comptes de capitaux, ont la nature, pour l'émettrice, d'un supplément d'apport non taxable et qu'à la supposer établie, la circonstance que le prix d'émission des ABSA aurait été minoré était sans incidence sur le bénéfice net car la somme dont l'émettrice se serait alors privée aurait également le caractère d'un supplément d'apport.

S'agissant, d'autre part, de la rectification du résultat des quatre SAS ayant souscrit les ABSA, la cour a observé que l'article 209 du CGI ne renvoyait pas, pour la détermination des bénéfices passibles de l'IS, aux articles 109 et 111 de ce code, relatifs aux revenus distribués, de sorte que l'administration ne pouvait fonder les redressements sur les dispositions du 2° du 1 de l'article 109 ni sur celles, invoquées à titre subsidiaire, du c) de l'article 111.

3.- Le recours critique ces motifs par deux lots de deux moyens.

3.1.- Nous commençons par la rectification notifiée à la société HBI.

Le ministre soutient que la cour aurait entaché son arrêt d'erreur de qualification juridique et d'erreur de droit en jugeant que la minoration du prix d'émission des ABSA

n'avait pas d'incidence sur le bénéfice net, alors que la société HBI s'est privée des ressources financières à hauteur de l'écart entre la valeur réelle des titres émis et leur valeur de souscription. Il soutient également que la cour aurait entaché son arrêt d'erreur de droit et d'insuffisance de motivation en s'abstenant de rechercher si cette minoration ne constituait pas, comme il le fait valoir depuis l'origine, un acte anormal de gestion.

Ces moyens ne portent pas, car le redressement notifié à la société Elio repose sur une méprise. La cour et le tribunal ont eu entièrement raison de juger que l'émission d'ABSA était par elle-même sans incidence sur le bénéfice net de l'émettrice.

Au plan comptable, une telle émission n'a pas d'impact sur le résultat comptable, dès lors qu'elle est au nombre des opérations « *affectant directement le montant des capitaux propres* » au sens de l'article 513-1 du PCG. Et il en va de même au plan fiscal, l'émission d'ABSA ne pouvant exercer aucune influence sur le bénéfice net de l'émettrice en vertu de l'article 38, 2 du CGI.

On relèvera tout d'abord que les liquidités que lui procure la souscription des ABSA sont certes une « ressource », comme le dit le ministre, mais ne correspondent pas à une recette. Elles ne constituent pas une richesse créée par l'entreprise, mais une richesse qui lui est remise et en contrepartie de laquelle elle remet elle-même au souscripteur une certaine quantité de valeurs mobilières complexes. Le détenteur des ABSA, qui a souscrit à l'émission de ces titres de capital qui lui donneront plus tard, le cas échéant, accès à d'autres titres de capital, à des conditions préférentielles, est donc dans la situation d'un apporteur, mais d'un apporteur qui – c'est le point crucial – a consenti un apport en numéraire. Or cet apport d'argent ne peut avoir d'autre valeur que sa valeur nominale, c'est-à-dire la valeur monétaire pour laquelle il est comptabilisé dans un comptes de capitaux propres, en compte de « capital » (101) et en compte de « primes liées au capital social » (104).

Par conséquent, nous sommes en dehors du champ de la jurisprudence *Sté Cérés* (Plén., 9 mai 2018, n° 387071, rec. p. 165, RJF 2018 n° 726, concl. Y. Bénard C726, chron. A. Iljic p. 915) qui permet, à titre dérogatoire, de constater une minoration de la valeur d'apport d'un élément de l'actif immobilisé. Car ici, l'apport est un apport en euros, et non un apport en nature, comme dans *Cérés*, où était en cause un apport de titres.

Dans ces conditions, nous ne voyons pas, à supposer qu'il y ait « minoration » de la valeur d'émission des ABSA, comment l'écart de valeur pourrait recevoir une autre qualification que celle d'apport en capital, du point de vue de l'émettrice, et par suite déclencher une imposition au titre de l'exercice au cours duquel l'émission a eu lieu.

Une telle émission ne pourrait avoir d'influence sur le résultat fiscal que dans l'hypothèse, qui n'est pas celle du redressement, dans laquelle les BSA ne seraient pas exercés et seraient donc frappés de caducité, car en ce cas, l'article 38, 8, 3° du CGI prévoit que « *les sommes reçues par une entreprise lors de l'émission de droits de souscription ou d'acquisition de valeurs mobilières sont comprises dans ses résultats imposables de l'exercice de péremption de ces droits lorsqu'ils n'ont pas été exercés* ».

Enfin, si l'administration a cru déceler une opération étrangère à une gestion normale dans une émission d'ABSA à prix minoré, nous ferons observer qu'à supposer là encore qu'un acte anormal de « gestion » puisse naître, comme l'implique le redressement litigieux, non de la décision des organes de gestion ou de direction de l'entreprise, mais d'une délibération de l'assemblée générale d'une société commerciale, ce qu'on ne peut à notre avis exclure par principe, réalisme du droit fiscal oblige, on ne peut manquer de relever qu'en l'espèce, la délibération en cause prise par l'assemblée générale extraordinaire d'HBI, seule compétente pour décider une opération ayant une incidence sur le capital social, échappe à la qualification d'acte anormal de gestion, défini par votre décision *Sté Croë Suisse*⁴ comme « l'acte par lequel une entreprise décide de s'appauvrir à des fins étrangères à son intérêt » car, pour les raisons que nous avons indiquées, il n'y a pas d'appauvrissement de l'émettrice.

Ceux qui pourraient être lésés, en cas de minoration du prix de souscription d'ABSA, ce sont les actionnaires déjà présents au capital de l'émettrice, s'ils ne sont pas les mêmes que ceux qui souscrivent aux ABSA, dans le cas où ils ne disposeraient pas d'un droit préférentiel de souscription. Le couple appauvrissement/enrichissement ne lie donc pas l'émettrice et le souscripteur des ABSA mais, potentiellement, l'actionnaire existant et l'actionnaire entrant, le premier acceptant ou subissant, selon le cas, le transfert d'une partie de ses droits au profit du second.

C'est, il nous semble, la logique à l'œuvre dans votre décision *Association Chambre départementale de la propriété immobilière du Jura* (9^{ème} et 10^{ème} SSR, 28 juil. 2000, n° 196129, rec. p. 333, RJF 2000 n° 1234, Dr. Fisc. 2001 n° 6 c. 93). Dans cette affaire, une association, dont la gestion n'était pas désintéressée, et qui relevait de l'IS, détenait des parts d'une SARL, conjointement avec cinq de ses membres. Elle avait laissé ces cinq autres porteurs de parts souscrire au pair la totalité des parts nouvelles émises sans prime par la SARL à l'occasion d'augmentations de son capital alors que la valeur réelle des parts était nettement supérieure à leur valeur nominale, sans que l'avantage ainsi consenti ait eu de contrepartie. En considération de l'abstention délibérée de l'association de souscrire aux augmentations de capital de la société, vous aviez validé la qualification d'acte anormal de gestion.

Il est donc à craindre, dans notre affaire, que l'administration ne soit trompée de cible.

3.2.- Reste la rectification notifiée aux sociétés qui ont souscrit aux ABSA.

Le ministre reproche tout d'abord à la cour d'avoir jugé qu'en l'absence de renvoi fait par l'article 209 du CGI aux articles 109 et 111 de ce code, l'administration ne pouvait fonder les rappels d'impôt sur les sociétés notifiés aux quatre SAS sur le fondement de ces dispositions.

Mais, si vous nous avez suivi pour considérer que la minoration alléguée du prix de souscription des ABSA ne constituait pas une distribution taxable, vous en déduirez

⁴ Plén., 21 déc. 2018, *Sté Croë Suisse*, n° 402006, rec. p. 467, RJF 2019 n° 246.

logiquement que les souscripteurs ne pouvaient être imposés à raison de ces bénéfices prétendument distribués.

En outre, le motif critiqué, pris à la lettre, nous paraît exempt d'erreur de droit. Il est constant que les articles 109 et 111 du CGI sont des articles qui intéressent l'impôt sur le revenu des personnes physiques, plus précisément la catégorie des RCM. Il est également constant que, dans sa rédaction applicable au litige, l'article 209, I de ce code, relatif à la détermination du bénéfice imposable à l'IS, ne comportait pas de renvoi exprès aux articles 109 et suivants. Enfin, ce n'est pas complètement un hasard si, après le constat posé par Emmanuelle Cortot-Boucher dans ses conclusions prononcées le 1^{er} mars 2013 dans une affaire *Min. c/ Société Générale*, après un convaincant travail d'archéologie législative, approuvé par la chronique d'Emilie Bokdam-Tognetti (3^{ème} et 8^{ème} srr, 20 mars 2013, n° 349669, rec. p. 54, RJF 2013 n° 594, concl. E. Cortot-Boucher BDCF 2013 n° 69, chron. E. Bokdam-Tognetti p. 515), que depuis 1959, il « *n'existe plus de pont entre les règles de détermination des bénéfices soumis à l'IS et les articles 109 et 112 du CGI* », que le législateur a réintroduit, sur un amendement gouvernemental étrangement non motivé⁵, une référence aux articles 108 à 117 au I de l'article 209, par l'article 88 de la loi n° 2014-1655 du 29 décembre 2014 de finances rectificative pour 2014.

La cour n'a rien dit de faux, par conséquent, en jugeant que l'administration ne pouvait fonder un rehaussement en matière d'IS sur des textes qui n'étaient pas rendus applicables à cet impôt, ce qui ne signifie pas, toutefois, que l'avantage procuré aux quatre SAS n'aurait pas pu et dû être taxé, car il faut compter avec le jeu, d'une part, de l'article 205 du CGI, qui énonce que l'IS est établi « *sur l'ensemble des bénéfices ou revenus réalisés par les personnes* » relevant de cet impôt et sur le jeu bien sûr de l'article 38 du code, auquel a toujours renvoyé l'article 209, qui pose la règle selon laquelle le bénéfice imposable est déterminé d'après les résultats d'ensemble des opérations de toute nature.

Le dernier moyen du ministre n'est pas non plus fondé. Contrairement à ce qu'il soutient, il n'avait pas introduit de demande de substitution base légale tendant à ce que l'imposition des quatre sociétés soit maintenue sur le fondement des dispositions de l'article 38, 2 du CGI.

EPCMNC au rejet du recours du ministre et à ce que l'Etat verse la somme de 3 000 € à la société Elior Group au titre des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

⁵ Amendement n° 523