

Conclusions

Mme Emilie Bokdam-Tognetti, rapporteure publique

Par dérogation à la règle de droit commun en vertu de laquelle les pertes issues de la cession de titres de participation détenus depuis moins de deux ans relèvent du régime des moins-values à court terme et sont par suite déductibles du résultat taxé au taux normal, l'article 39 quaterdecies du CGI restreint, à son 2 bis, la déductibilité de certaines moins-values de cession de titres reçus en rémunération d'apports à des sociétés en difficulté.

Ainsi, aux termes de ces dispositions, créées par le I de l'article 18 de la loi du 16 août 2012 de finances rectificative pour 2012 : « *La moins-value résultant de la cession, moins de deux ans après leur émission, de titres de participation acquis en contrepartie d'un apport réalisé et dont la valeur réelle à la date de leur émission est inférieure à leur valeur d'inscription en comptabilité n'est pas déductible, dans la limite du montant résultant de la différence entre la valeur d'inscription en comptabilité desdits titres et leur valeur réelle à la date de leur émission.* » Ces dispositions se sont appliquées, en vertu du II de l'article 18 de la même loi, aux cessions de titres reçus en contrepartie d'apports réalisés à compter du 19 juillet 2012.

Par ces dispositions, le législateur a, comme l'a relevé le Conseil constitutionnel dans sa décision du 17 juillet 2015, *Sté Crédit agricole* (n° 2015-475 QPC, RJF 11/15 n° 941), « *entendu mettre un terme à l'utilisation optimisante des règles de déduction des moins-values résultant de la cession à court terme de titres de participation reçus par une société mère en contrepartie de l'apport à sa filiale dont la situation nette est négative et consistant à rendre, en tout ou partie, le montant de cet apport déductible des résultats de la société mère alors qu'il n'est pas compris dans les résultats de la filiale.* » A cette fin, « *il a retenu comme valeur d'acquisition des titres non plus leur valeur d'inscription en comptabilité, mais leur valeur réelle à la date de leur émission* ».

En quoi consiste la pratique « optimisante », pour reprendre l'expression du Conseil constitutionnel (formule qui a son importance en ce qu'elle manifeste que le dispositif ne se réduit pas à un mécanisme anti-abus ou anti-fraude), que le législateur a ainsi contrée ?

Prenons une société A, soumise à l'IS, dont la filiale B présente une situation nette largement négative et mettons de côté les considérations liées aux éventuelles provisions pour dépréciation. La société A, qui détenait déjà depuis 5 ans 100 titres de B inscrits à son bilan pour une valeur unitaire de 1 000 euros, effectue au cours de l'exercice N un apport de 100

Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.

000 € en numéraire au profit de B, rémunéré par l'émission de 100 nouveaux titres d'une valeur nominale de 1 000 euros chacun. Les titres de participation émis par B en rémunération de cet apport sont inscrits dans les comptes de A à leur valeur d'origine, c'est-à-dire 100 000 euros. Mais cette valeur comptable des titres reçus ne correspond pas à la valeur réelle des titres B à la date de l'émission et qui, dans cette première hypothèse, est nulle.

Supposons que l'année suivante, la société A cède l'ensemble de ses titres de participation dans B (étant précisé que si elle n'en cédait qu'une partie, cette cession serait réputée, par application du 6 de l'article 39 duodecies du CGI, porter en priorité sur les titres les plus anciens compris dans son portefeuille et non sur les titres nouvellement émis). Imaginons que la situation de B se soit légèrement améliorée et que le prix de cette cession, correspondant à la valeur réelle des titres à la date de celle-ci, soit de 50 000 euros, soit 250 euros par action. La moins-value globale réalisée par A au plan comptable s'élève à 150 000 euros. Sans les dispositions du 2 bis de l'article 39 quaterdecies, la société A constaterait, outre une moins-value de long terme non déductible, une moins-value de court terme de 75 000 euros, intégralement déductible pour le calcul de son résultat imposable au taux normal, alors même que la valeur réelle des titres détenus depuis moins de deux ans n'a pas baissé entre la date de leur émission et celle de leur cession mais est, au contraire, passée de 0 à 250 euros. Ainsi, le supplément d'apport, par ailleurs non imposable pour la filiale, aurait permis à la société mère de diminuer son bénéfice imposable. Par le jeu des dispositions du 2 bis de l'article 39 quaterdecies, interdisant la déduction de la moins-value sur les titres nouvellement émis dans la limite de la différence entre leur valeur d'inscription en comptabilité (100 000 euros) et leur valeur réelle à la date de leur émission (0 euros), cette faculté d'optimisation disparaît et la moins-value ne sera pas déductible pour A, qui devra donc procéder à la réintégration extra-comptable de l'intégralité de son montant. Imaginons maintenant que la valeur réelle, à la date de leur émission, des 100 titres de B reçus par A en rémunération de l'apport ait été, non de 0 euros, mais de 26 000 euros : la société pourrait alors déduire fiscalement une perte de 1 000 euros, correspondant à la baisse de valeur effective des titres nouveaux depuis leur émission, le surplus de moins-value de 74 000 euros étant quant à lui non-déductible.

Ce dispositif trouve-t-il également à s'appliquer aux opérations d'apport lorsque l'augmentation de capital correspondante s'opère, non par l'émission d'actions nouvelles, mais par une augmentation de la valeur nominale des titres existants ?

Telle est l'approche défendue dans ses écritures par le ministre, qui soutient que les augmentations de capital par accroissement de la valeur nominale de titres existants peuvent donner lieu à la même stratégie d'optimisation que celles rémunérées par des titres nouvellement émis et qu'il y a lieu, par suite, d'interpréter les dispositions du 2 bis de l'article 39 quaterdecies comme visant également les cessions de tels titres.

En vertu de l'article L. 225-127 du code de commerce, issu de la codification de l'article 178 de la loi du 24 juillet 1966 sur les sociétés commerciales, le capital social des sociétés anonymes est augmenté soit par émission d'actions ordinaires ou d'actions de préférence, soit par majoration du montant nominal des titres de capital existants.

Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.

Lorsque le législateur vise les « augmentations de capital », sans préciser qu'il entend n'appliquer un dispositif qu'aux seules augmentations par émission d'actions nouvelles et en exclure les augmentations par majoration du montant nominal des actions existantes, vous retenir en principe une acception large des opérations concernées, assurant un régime fiscal homogène aux deux formes d'augmentation du capital (cf., pour la déduction de dividendes autorisée par l'ancien article 214 A du CGI, CE, 14 avril 1995, *Sté transports et affrètements routiers STA*, n° 135605, RJF 1995 n° 710, concl. Ph. Martin).

Toutefois, en premier lieu, la lettre du 2 bis de l'article 39 quaterdecies n'envisage clairement que l'hypothèse de l'émission de titres nouveaux. Le terme « émission » intervient à cet égard à deux reprises dans cette disposition : d'une part, pour fixer le point de départ de la durée de deux ans en deçà de laquelle les cessions relèvent des règles spéciales de limitation de la déductibilité ainsi édictées, et d'autre part, pour déterminer la date à laquelle s'apprécie la valeur réelle des titres devant être substituée, en pratique, à la valeur d'inscription en comptabilité pour la définition du prix d'acquisition servant au calcul de la moins-value déductible.

Par suite, appliquer ces dispositions à des titres dont la valeur nominale a simplement été majorée ne constituerait pas seulement une lecture *contra legem* du texte, impliquant notamment de se détacher complètement de sa lettre et de faire abstraction de la date réelle d'émission des titres pour interpréter la notion de « date d'émission » au sens de ces dispositions comme la date de majoration du nominal de titres anciens, mais poserait en outre des difficultés dans la mise en œuvre du calcul de la fraction de moins-value non déductible, dès lors que l'on ne pourrait se contenter de l'opération simple « valeur d'inscription en comptabilité – valeur réelle à la date de l'émission » prévue par le texte.

En deuxième lieu, à supposer que vous estimiez que la lettre de la loi permettrait une plasticité d'interprétation ou comporterait une part d'ombre autorisant un recours aux travaux préparatoires, ceux-ci n'offriraient selon nous guère de prise à l'interprétation ministérielle.

Certes, l'article 15 du projet de loi de finances rectificative pour 2012 dont sont issues ces dispositions prévoyait initialement un dispositif orienté, non vers les mères apporteuses, mais vers les filiales bénéficiaires des apports, et projetait d'imposer les suppléments d'apport chez ces dernières « à hauteur de la valeur réelle, selon les cas, soit des nouveaux titres émis en contrepartie, soit de la majoration du montant nominal des titres existants effectuée en contrepartie », afin d'homogénéiser le traitement fiscal des apports et des aides à caractère financier. Les parlementaires ont toutefois estimé que le mécanisme ainsi envisagé risquait de pénaliser toutes les opérations de restructuration et ciblait mal les pratiques d'optimisation contre lesquelles il s'agissait de lutter, lesquelles procédaient davantage de la déduction de la moins-value de cession éventuellement réalisée par l'apporteuse que de la non-imposition du montant apporté dans le chef de la société qui en bénéficie. Ils ont donc substitué au texte d'origine gouvernementale le dispositif de limitation de la déductibilité des moins-values de cession finalement adopté, sans que les débats ne fassent état des motifs pour lesquels l'hypothèse de l'augmentation de capital par majoration du nominal des titres existants n'a, lors de cette transformation, pas été reprise dans le nouveau dispositif.

Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.

En troisième et dernier lieu, si le ministre fait valoir que des considérations d'égalité devraient vous conduire à traiter pareillement toutes les augmentations de capital et que l'application littérale du 2 bis de l'article 39 quaterdecies conduirait à une différence de traitement « non souhaitable », il ne vous appartient pas d'étendre, lorsque la lettre de la loi s'y oppose clairement, un dispositif restrictif et dérogoire au-delà du champ que lui a assigné le législateur.

Au demeurant, à supposer même, là aussi, que vous regardiez la lettre de la loi comme suffisamment ambiguë pour vous permettre, le cas échéant, de vous livrer vous-mêmes à une interprétation neutralisante de celle-ci destinée à assurer sa conciliation avec des normes supérieures telles que le principe constitutionnel d'égalité devant la loi, nous ne sommes pas convaincue que les deux formes d'augmentation de capital se présentent en termes strictement identiques au regard de l'objectif de lutte contre les pratiques d'optimisation poursuivi par le législateur.

En effet, ainsi que nous l'avons rappelé au début de ces conclusions, le régime de droit commun dont cherchaient à tirer profit les pratiques des mères apporteuses auxquelles le législateur a entendu faire obstacle, est le régime du court terme, réservé aux titres cédés moins de deux ans après leur acquisition par l'entreprise. L'augmentation de capital par émission de titres nouveaux permettait en effet, avant les modifications introduites par la LFR pour 2012, de bénéficier, en cas de revente des titres d'une filiale peu de temps après sa recapitalisation, du régime du court terme à raison de la fraction de la moins-value correspondant à ces titres nouveaux, alors même que la présence au capital de la mère serait ancienne et que les autres titres détenus, hors titres nouveaux issus de l'augmentation de capital, relèvent du régime du long terme. En revanche, une augmentation de capital par majoration du nominal de titres existants n'a pas pour effet de modifier la date d'entrée de ces titres dans le patrimoine de la mère ni, par suite, le point de départ de leur durée de détention pour l'application du régime du court terme ou du long terme : s'il conduit à accroître le prix d'acquisition des titres et, mécaniquement, la moins-value constatée *in fine*, l'apport donnant lieu à une augmentation de capital rémunérée par une majoration du nominal des titres ne conduit donc pas à introduire une dose de « court terme » dans la moins-value constatée lors de la cession. Avant même l'intervention du législateur en 2012, la cession de titres ayant fait l'objet d'une augmentation de capital par majoration du nominal n'était ainsi susceptible de générer une moins-value déductible qu'à la condition que les titres aient été détenus depuis moins de deux ans et que la cession se soit opérée à une date à laquelle, qu'il y ait eu ou non augmentation de capital, la société avait « naturellement » vocation à bénéficier du court terme.

Par suite, alors que la problématique de l'imposition de l'apport entre les mains d'une filiale en difficulté se présente en des termes identiques quelle que soit la modalité d'augmentation de capital retenu pour rémunérer l'apport chez la société mère et justifiait l'homogénéité de traitement envisagée dans un premier temps par le projet de loi de finances rectificative pour 2012 entre les différentes formes d', nous n'identifions pas le même potentiel d'optimisation d'ampleur entre ces deux formes d'augmentation de capital au regard du dispositif de non-déductibilité chez la mère finalement adopté par les parlementaires.

Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.

En tout état de cause, la lettre de la loi nous semble claire et, quels que soient ses inconvénients éventuels, s'opposer à ce que vous reteniez l'interprétation extensive défendue par le ministre. Par suite, le 2 bis de l'article 39 quaterdecies ne saurait s'appliquer qu'aux augmentations de capital par émission d'actions nouvelles.

En l'espèce, l'apport réalisé en octobre 2002 par la société Poncin Yacht au profit de sa filiale à 100%, la société société Harmony Yachts, a donné lieu à une augmentation du capital de cette dernière par majoration du nominal des titres existants. Le 2 novembre 2012, la société Poncin Yacht a vendu les titres de la société Harmony Yachts à un tiers pour la somme d'un euro. La société Poncin Yacht, aux droits de laquelle est venue la société Catana Group, a réintégré extra-comptablement la moins-value correspondante pour le calcul de son résultat fiscal. Estimant toutefois que c'est à tort qu'elle avait réintégré cette moins-value et cru devoir faire application du 2 bis de l'article 39 quaterdecies du CGI, la société a réclamé la restitution de la cotisation d'IS mise à sa charge au titre de l'exercice clos en 2013, en faisant valoir la date de la promesse de vente des titres et les motifs économiques de l'opération de recapitalisation-cession. L'administration fiscale a rejeté cette demande, au motif que l'opération litigieuse entraine dans le champ temporel et matériel du 2 bis de l'article 39 quaterdecies, lequel est indifférent aux motivations économiques de l'opération. Saisis du litige, le tribunal administratif de Montpellier, puis la cour administrative d'appel de Marseille ont rejeté les conclusions de la société en confirmant l'application du 2 bis de l'article 39 quaterdecies.

En statuant ainsi, alors qu'il ressortait manifestement des pièces du dossier qui leur était soumis, notamment du procès-verbal décidant de l'augmentation de capital en litige, que cette augmentation s'était opérée par majoration du nominal des actions existantes et non par émission d'actions nouvelles, les juges du fond ont méconnu le champ d'application du 2 bis de l'article 39 quaterdecies. Par suite, vous annulez l'arrêt attaqué. Afin de laisser place à un éventuel rebondissement du débat contentieux sur les conditions d'application du régime de droit commun du court terme revendiqué par la société à l'appui de sa demande en restitution, vous ne réglez pas l'affaire au fond mais la renverrez à la cour. Il semble en effet que la société Poncin Yacht ait été présente au capital de la société Harmony Yachts depuis 2008.

Par ces motifs, nous concluons :

- à l'annulation de l'arrêt du 5 février 2019 de la cour administrative d'appel de Marseille ;
- au renvoi de l'affaire devant cette cour ;
- et à ce que l'Etat verse à la société Catana Group 3 000 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.