



Juin 2012 v1

## **Acte anormal de gestion et renonciation un droit l'affaire EXOR (4 juin 2012)**

### **La renonciation à une renégociation d'un contrat de prêt est elle un acte anormal de gestion ?**

Une société acquiert 49 % du capital d'une entreprise. Elle rachète également à la société cédante le prêt sans intérêt que celle-ci a consenti à la société cible. Cette opération constitue-t-elle un acte anormal de gestion ?

#### **Les tribunes sur l'acte anormal de gestion**

#### **Liberté de gestion et financement de l'entreprise le prêt comme choix de financement ? !**

Infirmant les décisions antérieures, le conseil vient de rendre un arrêt de portée pratique considérable dans le cadre de la renégociation d'opérations financières

#### **Conseil d'État, 04/06/2012, 350003, Inédit au recueil Lebon**

Mme Nathalie Escaut, rapporteur public

*le fait pour une société de racheter un contrat de prêt dont les stipulations prévoyaient qu'il était consenti sans intérêt n'est pas par lui-même constitutif d'un acte anormal de gestion ; en revanche, le fait pour cette société de renoncer à faire usage de la clause du contrat permettant de renégocier pour l'avenir les conditions initiales de ce prêt ne relève pas d'une gestion normale dès lors que cette renonciation ne comporte aucune contrepartie ;*

#### **L'arrêt exor du 4 juin 2012 3**

=

#### **Les faits**

le 30 octobre 1992, la société Exor a acheté à la société Ifint des parts de la société de droit luxembourgeois Esfint, représentant 49 % de son capital, ainsi qu'un prêt subordonné de 9 228 397, 36 dollars consenti à cette dernière le 5 février 1992 ; l'administration a réintégré dans les résultats de la société Exor les intérêts sur ce prêt non rémunéré et l'a, en conséquence, assujettie à des cotisations supplémentaires d'impôt sur les sociétés au titre des années 1993 à 1995 ainsi qu'à une cotisation supplémentaire à la contribution de 10 % sur cet impôt au titre de l'année 1995 ;

#### **La procédure**

par un jugement du 7 octobre 2008, le tribunal administratif de Paris a déchargé la société Exor de ces impositions ; jugement confirmé par la CAA de Paris le 29 mars 2011 (arrêt n°

Le conseil d'état en annulant les décisions antérieures donne raison à l'administration

le fait pour une société de racheter un contrat de prêt dont les stipulations prévoyaient qu'il était consenti sans intérêt n'est pas par lui-même constitutif d'un acte anormal de gestion ; en revanche, le fait pour cette société de renoncer à faire usage de la clause du contrat permettant de renégocier pour l'avenir les conditions initiales de ce prêt ne relève pas d'une gestion normale dès lors que cette renonciation ne comporte aucune contrepartie ;

## I )en premier lieu

**d'une part**, pour justifier de l'existence d'une contrepartie à l'absence de facturation d'intérêt à la société Esfint avec laquelle elle n'entretenait aucune relation commerciale, la société Exor fait valoir qu'elle devait accepter les conditions du prêt subordonné conclu en février 1992 pour pouvoir entrer dans le capital de la société en 1992 ;

Toutefois, il résulte de l'instruction que l'article 3 du contrat relatif à ce prêt stipulait qu'il était consenti pour une première période venant à expiration le 31 décembre 1992 et qu'il était ensuite reconductible par tacite reconduction tandis que l'article 4 précisait que, **si le prêt était consenti sans intérêt pour la première période, cette condition pourrait " être modifiée en cours de période en commun accord entre les parties " ;**

'il prévoyait qu'en cas de désaccord entre le prêteur et l'emprunteur sur le taux fixé par le prêteur, la partie du capital restant serait remboursée à la date anniversaire de la période en cours ;

Par suite, la société requérante disposait, après le rachat de ce contrat le 30 octobre 1992, de la faculté de renégocier pour l'avenir les conditions du prêt initialement consenti ; et la société n'établit pas que l'autre actionnaire qui détenait 51 % des parts de la société Esfint aurait fait obstacle à cette renégociation ;

elle n'apporte aucun élément permettant de justifier qu'elle ait renoncé à faire usage de l'article 4 du contrat et à obtenir le paiement des intérêts pour cette période ;

**D'autre part**, 'il résulte de l'instruction que le contrat de prêt subordonné conclu le 24 octobre 1994 prévoyait qu'il était conclu pour une période allant du 30 octobre 1992 au 31 décembre 1995 et qu'il pourrait ensuite être renouvelé d'année en année par tacite reconduction ;

L'article 4 de ce contrat précisait certes que ce prêt était accordé sans intérêt pour la première période mais il stipulait que cette condition pouvait " être modifiée en cours de période en commun accord entre les parties " ;

ce contrat, qui comportait des clauses financières, une durée, des modalités de préavis en cas de remboursement et des clauses de juridiction différentes, ne constituait pas un contrat ayant pour objet de procéder à la régularisation du contrat conclu en février 1992 ; la société, qui a négocié ce contrat, ne fait état d'aucun élément permettant de justifier que sa position d'actionnaire minoritaire aurait fait obstacle, comme elle le soutient, au paiement d'intérêt lors de la conclusion du contrat ou au cours de son exécution ;

enfin, la société ne justifie pas l'existence de difficultés financières de sa filiale dont le résultat comptable au titre des années 1993 à 1995 était de respectivement 207 268 dollars, 1 913 959 dollars et 2 300 788 dollars ;

si elle fait également valoir qu'elle escomptait une plus-value importante de la revente des titres de la société Esfint, la valorisation potentielle des actifs d'une filiale emprunteuse ne constitue pas un mode de rémunération normale du prêt qui lui est consenti ;

il résulte de ce qui vient d'être dit que la société, qui, d'ailleurs, avait en 1994 un dirigeant commun avec la société Esfint, n'établit pas l'existence d'une contrepartie à sa renonciation à percevoir des intérêts de sa filiale au titre de ces trois années ;

**II) en second lieu**, si la société Exor a soutenu que l'actionnaire majoritaire de la société Esfint avait décidé en 1992 de recapitaliser la société en raison de l'endettement de sa sous-filiale Carrefour Portugal mais que, ne voulant pas être soumis au droit de 1% applicable au Luxembourg sur les apports, il avait préféré consentir un prêt subordonné et que ce prêt serait assimilable à du quasi-capital en droit luxembourgeois, les deux contrats n'excluaient pas le versement d'intérêt, mentionnaient les modalités de leur paiement éventuel et ne se référaient à aucune réglementation de l'Etat de la société emprunteuse qui aurait prohibé le versement d'intérêt sur cette catégorie de prêt ; que, par suite, ce prêt ne peut être assimilé, dans les circonstances de l'espèce, à des éléments du capital de la société Esfint ;

**En conséquence** résulte de tout ce qui précède que le ministre établit l'existence d'un acte anormal de gestion de la part de la société ; que, par suite, il est fondé à soutenir que c'est à tort que, par le jugement attaqué, le tribunal administratif a prononcé la décharge des impositions contestées ;

### **L'arrêt exor du 4 juin 2012**

Conseil d'État

**N° 350003**

Inédit au recueil Lebon

**8ème et 3ème sous-sections réunies**

M. Jacques Arrighi de Casanova, président

M. Maxime Boutron, rapporteur

Mme Nathalie Escaut, rapporteur public

RICARD, avocat(s)

lecture du lundi 4 juin 2012

**REPUBLIQUE FRANCAISE**

**AU NOM DU PEUPLE FRANCAIS**

Vu le pourvoi, enregistré le 8 juin 2011 au secrétariat du contentieux du Conseil d'Etat, présenté par le **MINISTRE DU BUDGET, DES COMPTES PUBLICS ET DE LA**

REFORME DE L'ETAT, PORTE-PAROLE DU GOUVERNEMENT ; il demande au Conseil d'Etat :

1°) d'annuler l'article 1er de l'arrêt n° 09PA00626 du 29 mars 2011 par lequel la cour administrative d'appel de Paris a rejeté son recours tendant à l'annulation du jugement n° 0208062 du 7 octobre 2008 par lequel le tribunal administratif de Paris a déchargé la société Exor représentée par la société Oldtown des cotisations supplémentaires d'impôt sur les sociétés auxquelles elle a été assujettie au titre des années 1993 à 1995 et de la cotisation supplémentaire de contribution de 10 % sur cet impôt à laquelle elle a été assujettie au titre de l'année 1995 ;

2°) réglant l'affaire au fond, de faire droit à son recours ;

Vu les autres pièces du dossier ;

Vu le code civil ;

Vu le code général des impôts et le livre des procédures fiscales ;

Vu le code de justice administrative ;

Après avoir entendu en séance publique :

- le rapport de M. Maxime Boutron, Auditeur,
- les observations de Me Ricard, avocat de la société Oldtown venant aux droits de la société Exor,
- les conclusions de Mme Nathalie Escaut, rapporteur public ;

La parole ayant été à nouveau donnée à Me Ricard, avocat de la société Oldtown venant aux droits de la société Exor ;

Considérant qu'en vertu des dispositions combinées des articles 38 et 209 du code général des impôts, le bénéfice imposable à l'impôt sur les sociétés est celui qui provient des opérations de toute nature faites par l'entreprise, à l'exception de celles qui, en raison de leur objet ou de leurs modalités, sont étrangères à une gestion normale ; que le fait, pour une entreprise, de consentir un prêt sans intérêts au profit d'un tiers ne relève pas,

en règle générale, d'une gestion normale, sauf s'il apparaît qu'en consentant un tel avantage, l'entreprise a agi dans son propre intérêt ;

Considérant qu'il ressort des pièces du dossier soumis aux juges du fond que, le 30 octobre 1992, la société Exor a acheté à la société Ifint des parts de la société de droit luxembourgeois Esfint, représentant 49 % de son capital, ainsi qu'un prêt subordonné de 9 228 397, 36 dollars consenti à cette dernière le 5 février 1992 ; que l'administration a réintégré dans les résultats de la société Exor les intérêts sur ce prêt non rémunéré et l'a, en conséquence, assujettie à des cotisations supplémentaires d'impôt sur les sociétés au titre des années 1993 à 1995 ainsi qu'à une cotisation supplémentaire à la contribution de 10 % sur cet impôt au titre de l'année 1995 ; que, par un jugement du 7 octobre 2008, le tribunal administratif de Paris a déchargé la société Exor de ces impositions ; que le MINISTRE DU BUDGET, DES COMPTES PUBLICS ET DE LA REFORME DE L'ETAT, PORTE-PAROLE DU GOUVERNEMENT demande l'annulation de l'article 1er de l'arrêt du 29 mars 2011 par lequel la cour administrative d'appel de Paris a rejeté son recours contre ce jugement ;

Considérant qu'après avoir relevé que, selon les termes de la convention conclue le 30 octobre 1992, " le vendeur vend, attribue et transfère à l'acheteur et l'acheteur achète auprès du vendeur les titres et les prêts mentionnés ci-dessus pour un prix de 15 696 397, 36 dollars ", la cour a estimé, d'une part, que l'entrée dans le capital de la société Esfint en 1992 impliquait le rachat du prêt aux conditions fixées dans le contrat conclu en février de la même année et, d'autre part, que ce rachat s'inscrivait dans le cadre d'une opération financière globale qui permettait à la société Exor d'entrer dans le capital d'une société appelée à se développer dès lors que la société Esfint possédait près de la moitié des parts d'une société détentrice du capital de la société Carrefour Portugal ; qu'elle a ensuite jugé que, contrairement à ce que soutenait l'administration, le contrat de prêt subordonné conclu pour la même somme de 9 228 397,36 dollars entre la société Exor et la société Esfint le 24 octobre 1994 pour une période courant du 30 octobre 1992 au 31 décembre 1995 ne constituait pas un nouveau contrat à l'occasion duquel la première société aurait pu demander des intérêts à compter du 1er janvier 1993 mais un acte régularisant le rachat le 30 octobre 1992 du contrat de prêt et que, dans ces conditions, l'administration n'apportait pas la preuve qui lui incombait que la renonciation par la société Exor aux intérêts sur le " prêt subordonné " accordé à la société Esfint était constitutive d'un acte anormal de gestion ;

Considérant qu'en statuant ainsi, sans rechercher si la société Exor justifiait de la contrepartie à la renonciation aux intérêts, d'une part, à l'issue de la première période sans intérêt prévue par le contrat de prêt du 5 février 1992 qui s'achevait au 31 décembre 1992 et dont l'échéance permettait de renégocier à compter du 1er janvier 1993 le versement d'intérêts et, d'autre part, lors de la signature du contrat du 24 octobre 1994 conclu entre des parties différentes et prévoyant une période d'exécution du prêt sans intérêt plus longue, courant du 30 octobre 1992 au 31 décembre 1995, la cour a commis une erreur de droit ; que, par suite, et sans qu'il soit besoin d'examiner les autres moyens du pourvoi, le ministre est fondé, par ce moyen qui, contrairement à ce que soutient la société, n'est pas nouveau en cassation, à demander l'annulation de l'article 1er de l'arrêt attaqué ;

Considérant qu'il y a lieu, dans les circonstances de l'espèce, de régler l'affaire au fond en application des dispositions de l'article L. 821-2 du code de justice administrative ;

Considérant que, pour prononcer la décharge des impositions en litige, le tribunal administratif a jugé que si la clause de subordination du contrat de prêt prévoyait une obligation de remboursement de dernier rang, y compris en cas de liquidation, aucune clause du contrat ne prévoyait d'obligation de remboursement à terme fixe, hors les cas de dénonciation par l'une des parties ou de survenance d'un cas d'exigibilité expressément désigné, de sorte qu'en l'absence d'obligation certaine de paiement à la charge de la société Esfint, la renonciation à percevoir des intérêts ne pouvait être regardée comme constitutive, par elle-même, d'un acte anormal de gestion ; que, toutefois, il résulte de l'instruction que les sociétés Ifint puis Exor ont consenti à la société Esfint un prêt qui mettait à sa charge une obligation de restitution quelle que soit la date d'exigibilité et qui fixait d'ailleurs des périodes courant, pour le premier contrat, jusqu'au 31 décembre 1992 et, pour le second, jusqu'au 31 décembre 1995, en prévoyant qu'elles étaient renouvelables par tacite reconduction ; que, dès lors, le ministre est fondé à soutenir que c'est à tort que le tribunal administratif de Paris a retenu ce motif pour faire droit à la demande de la société Exor ;

Considérant qu'il appartient au Conseil d'Etat, saisi de l'ensemble du litige par l'effet dévolutif de l'appel, d'examiner les autres moyens soulevés par la société Exor devant le tribunal administratif et devant la cour administrative d'appel ;

Considérant que le fait pour une société de racheter un contrat de prêt dont les stipulations prévoyaient qu'il était consenti sans intérêt n'est pas par lui-même constitutif d'un acte anormal de gestion ; qu'en revanche, le fait pour cette société de renoncer à faire usage de la clause du contrat permettant de renégocier pour l'avenir les conditions initiales de ce prêt ne relève pas d'une gestion normale dès lors que cette renonciation ne comporte aucune contrepartie ;

Considérant, en premier lieu et d'une part, que, pour justifier de l'existence d'une contrepartie à l'absence de facturation d'intérêt à la société Esfint avec laquelle elle n'entretenait aucune relation commerciale, la société Exor fait valoir qu'elle devait accepter les conditions du prêt subordonné conclu en février 1992 pour pouvoir entrer dans le capital de la société en 1992 ; que toutefois, il résulte de l'instruction que l'article 3 du contrat relatif à ce prêt stipulait qu'il était consenti pour une première période venant à expiration le 31 décembre 1992 et qu'il était ensuite reconductible par tacite reconduction tandis que l'article 4 précisait que, si le prêt était consenti sans intérêt pour la première période, cette condition pourrait " être modifiée en cours de période en commun accord entre les parties " ; qu'il prévoyait qu'en cas de désaccord entre le prêteur et l'emprunteur sur le taux fixé par le prêteur, la partie du capital restant serait remboursée à la date anniversaire de la période en cours ; que, par suite, la société requérante disposait, après le rachat de ce contrat le 30 octobre 1992, de la faculté de renégocier pour l'avenir les conditions du prêt initialement consenti ; que la société n'établit pas que l'autre actionnaire qui détenait 51 % des parts de la société Esfint aurait fait obstacle à cette renégociation ; qu'elle n'apporte aucun élément permettant de justifier qu'elle ait renoncé à faire usage de l'article 4 du contrat et à obtenir le paiement des intérêts pour cette période ;

Considérant, d'autre part, qu'il résulte de l'instruction que le contrat de prêt subordonné conclu le 24 octobre 1994 prévoyait qu'il était conclu pour une période allant du 30 octobre 1992 au 31 décembre 1995 et qu'il pourrait ensuite être renouvelé d'année en année par tacite reconduction ; que l'article 4 de ce contrat précisait certes que ce prêt était accordé sans intérêt pour la première période mais il stipulait que cette condition pouvait " être

modifiée en cours de période en commun accord entre les parties “ ; que ce contrat, qui comportait des clauses financières, une durée, des modalités de préavis en cas de remboursement et des clauses de juridiction différentes, ne constituait pas un contrat ayant pour objet de procéder à la régularisation du contrat conclu en février 1992 ; que la société, qui a négocié ce contrat, ne fait état d’aucun élément permettant de justifier que sa position d’actionnaire minoritaire aurait fait obstacle, comme elle le soutient, au paiement d’intérêt lors de la conclusion du contrat ou au cours de son exécution ;

Considérant, enfin, que la société ne justifie pas l’existence de difficultés financières de sa filiale dont le résultat comptable au titre des années 1993 à 1995 était de respectivement 207 268 dollars, 1 913 959 dollars et 2 300 788 dollars ; que si elle fait également valoir qu’elle escomptait une plus-value importante de la revente des titres de la société Esfint, la valorisation potentielle des actifs d’une filiale emprunteuse ne constitue pas un mode de rémunération normale du prêt qui lui est consenti ;

Considérant qu’il résulte de ce qui vient d’être dit que la société, qui, d’ailleurs, avait en 1994 un dirigeant commun avec la société Esfint, n’établit pas l’existence d’une contrepartie à sa renonciation à percevoir des intérêts de sa filiale au titre de ces trois années ;

Considérant, en second lieu, que si la société Exor a soutenu que l’actionnaire majoritaire de la société Esfint avait décidé en 1992 de recapitaliser la société en raison de l’endettement de sa sous-filiale Carrefour Portugal mais que, ne voulant pas être soumis au droit de 1% applicable au Luxembourg sur les apports, il avait préféré consentir un prêt subordonné et que ce prêt serait assimilable à du quasi-capital en droit luxembourgeois, les deux contrats n’excluaient pas le versement d’intérêt, mentionnaient les modalités de leur paiement éventuel et ne se référaient à aucune réglementation de l’Etat de la société emprunteuse qui aurait prohibé le versement d’intérêt sur cette catégorie de prêt ; que, par suite, ce prêt ne peut être assimilé, dans les circonstances de l’espèce, à des éléments du capital de la société Esfint ;

Considérant qu’il résulte de tout ce qui précède que le ministre établit l’existence d’un acte anormal de gestion de la part de la société ; que, par suite, il est fondé à soutenir que c’est à tort que, par le jugement attaqué, le tribunal administratif a prononcé la décharge des impositions contestées ;

Considérant que les dispositions de l’article L. 761-1 du code de justice administrative font obstacle à ce qu’une somme soit mise à ce titre à la charge de l’Etat qui n’est pas, dans la présente instance, la partie perdante ;

D E C I D E :

-----

Article 1er : L’article 1er de l’arrêt de la cour administrative d’appel de Paris du 29 mars 2011 et le jugement du tribunal administratif de Paris du 7 octobre 2008 sont annulés.

Article 2 : La demande présentée par la société Exor devant le tribunal administratif de Paris est rejetée.

Article 3 : La société Old Town venant aux droits de la société Exor est rétablie aux rôles de l'impôt sur les sociétés et de la contribution sur cet impôt à hauteur de 116 863,61 euros en droits et 28 047,26 euros en intérêts au titre de 1993, 120 470,70 euros en droits au titre de 1994 et 80 720,69 euros en droits et 16 975,35 euros en intérêts au titre de 1995.

Article 4 : Les conclusions présentées sur le fondement de l'article L. 761-1 du code de justice administrative par la société Old Town devant le Conseil d'Etat et par la société Exor devant le tribunal administratif de Paris sont rejetées.

Article 5 : La présente décision sera notifiée au ministre de l'économie, des finances et du commerce extérieur et à la société Old Town.