



Une sous capitalisation rétroactivement abusive CADF/AC n° 02/2015

Comite des abus de droit 6 mars 2015-05-07Affaire n° 2014-14

Une opération effectuée entre la publication d'une loi et sa date de mise en application peut elle abusive ?

[Applicabilité dans le temps et l'espace des textes fiscaux](#)

[Rétroactivité d'une loi fiscale et Cedh / L'arrêt EPI CE plénière 9 MAI 2012](#)

[Abus de droit rétroactif d'un traité Le cas de l'avenant avec le Luxembourg](#)

Position finale de l'administration

L'administration relève que le Comité de l'abus de droit fiscal estime que **le législateur, ayant entendu différer** l'entrée en vigueur des nouvelles règles de lutte contre la sous-capitalisation pour permettre aux sociétés de procéder à leur recapitalisation sans toutefois en préciser les modalités, **interdit la mise en œuvre de l'abus de droit fiscal**. Si cette analyse devait prévaloir, seuls des actes fictifs pourraient être écartés par l'administration. Le législateur, en prévoyant une entrée en vigueur différée du dispositif, n'a manifestement pas entendu permettre aux sociétés concernées de se livrer à des opérations à but exclusivement fiscal permettant d'échapper aux nouvelles règles de lutte contre la sous-capitalisation. L'administration n'entend donc pas suivre l'avis du Comité s'agissant des opérations réalisées pendant la période intercalaire et prend note de l'avis favorable rendu par le Comité pour les opérations suivantes.

Position finale de l'administration1

La situation de fait.....	2
Les positions de l'administration	2
A) S'agissant des opérations intervenues pendant la période intercalaire comprise entre la publication de la loi prévoyant les nouvelles dispositions de l'article 212 du code général des impôts et le premier exercice de leur application par la société	3

B) Les opérations intervenues au cours de l'exercice 2010.	4
Les Positions du comité.....	5
A) S'agissant des opérations intervenues pendant la période intercalaire comprise entre la publication de la loi prévoyant les nouvelles dispositions de l'article 212 du code général des impôts et le premier exercice de leur application par la société	5
B) S'agissant des opérations intervenues en 2010	6

La situation de fait

En décembre 2005, la société J, holding français d'un groupe américain, était la société mère d'un groupe fiscalement intégré composé notamment des sociétés J1, J2, J3, J4 et J5. La société J détient directement la totalité du capital des filiales J2, J3 et J4 et 79 % du capital de la société J1, cette dernière société étant détenue directement à hauteur de 21% par sa filiale J5, dont la société J détient indirectement plus de 95% des titres.

La société J a procédé pendant plusieurs années à l'acquisition de nombreuses sociétés et ces acquisitions ont été financées par des emprunts auprès de sociétés étrangères appartenant au groupe américain. A raison des prêts accordés par ces sociétés liées au sens du 12 de l'article 39 du code général des impôts, la société J, qui clôture son exercice social le 30 septembre de chaque année, a versé des intérêts s'élevant à environ 55 millions d'euros en 2008 et 40 millions en 2009 et 2010.

La loi n° 2005-1719 du 30 décembre 2005 de finances pour 2006 a modifié les dispositions relatives à la sous-capitalisation, codifiées à l'article 212 du code général des impôts. Ces nouvelles dispositions limitent la déduction des intérêts versés à des entreprises liées lorsque l'entreprise versante est regardée comme sous-capitalisée au regard de trois ratios (ratio d'endettement, ratio de couverture d'intérêts et ratio d'intérêts servis par des entreprises liées). En vertu de l'article 113 de cette loi, ces nouvelles dispositions s'appliquent aux exercices ouverts à compter du 1er janvier 2007. Pour la société J, elles s'appliquent donc à compter de l'exercice ouvert le 1er octobre 2007.

L'administration a constaté que la société J avait, en 2006, 2007 et 2010, réalisé plusieurs opérations ayant permis de constater des produits comptables sous forme de distributions de dividendes ou de primes d'émission sans aucune conséquence fiscale par application, d'une part, du régime des sociétés mères et filiales et, d'autre part, du régime de l'intégration fiscale, ce dernier permettant la neutralisation fiscale totale des effets de la distribution au sein du groupe intégré. La comptabilisation d'un produit financier préalable à son incorporation immédiate au capital de la société distributrice a affecté les agrégats comptables servant désormais à apprécier les situations de sous-capitalisation ce qui a conduit à augmenter le montant des charges financières déductibles.

Les positions de l'administration

L'administration a considéré que ces opérations intervenues, d'une part, pendant la période intercalaire entre la publication des nouvelles dispositions de lutte contre la sous-capitalisation et le premier exercice de leur application pour la société J et, d'autre part, au titre de l'exercice clos le 30 septembre 2010 étaient constitutives, sur le fondement des dispositions de l'article L. 64 du livre des procédures fiscales, de deux abus de droit distincts.

A) S'agissant des opérations intervenues pendant la période intercalaire comprise entre la publication de la loi prévoyant les nouvelles dispositions de l'article 212 du code général des impôts et le premier exercice de leur application par la société

Le 29 septembre 2006, les sociétés J et J5, actionnaires de la société J1, ont décidé de distribuer la prime d'émission de la société J1 à hauteur d'un montant de 158 millions d'euros environ.

Cette distribution a été comptabilisée par la société J, pour environ 124 millions d'euros, ces produits financiers étant exonérés dans le cadre du régime mère-fille sous déduction de la quote-part de frais et charges de 5% qui a été réintégrée au niveau de la société J puis neutralisée au niveau du résultat d'ensemble.

Le même jour, ces deux sociétés ont décidé d'augmenter le capital de la société J1, à hauteur du montant de ces distributions, par l'émission de cinq catégories d'actions de préférence avec droit de vote et de souscrire à cette augmentation de capital par compensation avec les créances liquides et exigibles correspondant à la distribution de la prime d'émission.

Le 30 mars 2007, la société J a décidé de modifier les statuts des sociétés J4 et J3, dont elle est l'actionnaire unique, afin d'autoriser le paiement en actions des dividendes distribués par ces deux filiales intégrées. Le même jour, ces deux sociétés décident la distribution d'un dividende d'environ deux millions sept cent mille euros pour la société J4 et d'environ quinze millions d'euros pour la société J3, dont le paiement sera ainsi réalisé en actions.

Ces distributions ont été comptabilisées par la société J en produits financiers, exonérés dans le cadre du régime mère-fille sous déduction de la quote-part de frais et charges de 5% qui a été réintégrée au niveau de la société J puis neutralisée au niveau du résultat d'ensemble.

Le 29 juin 2007, la société J2, dont la société J est l'unique actionnaire, distribue la prime d'émission inscrite à son passif à hauteur d'environ 125 millions d'euros.

Cette distribution a été comptabilisée par la société J en produits financiers, exonérés dans le cadre du régime mère-fille sous déduction de la quote-part de frais et charges de 5% qui a été réintégrée au niveau de la société J puis neutralisée au niveau du résultat d'ensemble. Le même jour, la société J a souscrit à l'augmentation de capital de cette filiale d'un montant équivalent à celui de la distribution.

Cette augmentation de capital a été réalisée par l'émission de cinq catégories d'actions de préférence de même nature que celles émises par la société J1.

Cette souscription est libérée par compensation avec la créance détenue par la société J à la suite de cette distribution.

Ces différentes distributions réalisées en 2006 et 2007, ayant été comptabilisées dans les comptes de la société J en produits financiers, ont ainsi affecté le montant des capitaux propres au titre du premier exercice d'application des nouvelles dispositions du II de l'article 212 du code général des impôts.

De ce fait, la société J a déduit l'intégralité des intérêts versés à des entreprises liées au titre de l'exercice clos le 30 septembre 2008 d'un montant de 55 millions d'euros. Au titre de l'exercice suivant, elle a réintégré, en application des dispositions du II de l'article 212 du CGI, une somme de 8,7 millions d'euros sur les 40 millions d'euros d'intérêts versés à des sociétés liées.

L'administration a, à l'issue de la vérification de la comptabilité de la société J, relevé que : les distributions de dividendes réalisées en 2006 et 2007 n'avaient pas permis à la société J de bénéficier de liquidités, dès lors qu'elles avaient été immédiatement réinvesties dans les sociétés distributrices et n'avaient généré aucun flux financier ; ces opérations n'avaient pas modifié la répartition du capital de ces quatre sociétés distributrices ;

L'augmentation de capital par l'émission d'actions de préférence des sociétés J1 et J2 n'avait pas eu pour objet d'attirer de nouveaux investisseurs et ne s'inscrivait pas dans une logique de désengagement au vu des rapports de gestion du groupe au titre des années 2007 à 2009.

Par proposition de rectification en date du 28 juin 2012, l'administration a considéré que les décisions prises les 29 septembre 2006, 30 mars 2007 et 29 juin 2007 dissimulaient, sous l'apparence d'une distribution en actions ou d'une distribution de prime d'émission suivie

d'une augmentation de capital, une simple incorporation au capital d'une prime d'émission, de réserves ou du bénéfice de l'exercice dans le seul but de satisfaire formellement et non réellement aux conditions prévues par le législateur lors de l'adoption des dispositions du II de l'article 212 du code général des impôts.

L'administration a estimé que ce montage avait permis à la société J, en totale franchise d'impôt et sans aucun mouvement financier, d'augmenter son résultat comptable du montant des dividendes comptabilisés en produits financiers, résultat qui, reporté à nouveau, avait valorisé ses capitaux propres et que ces opérations avaient ainsi amélioré le ratio d'endettement de la société J, permettant par suite la déductibilité d'un montant plus important d'intérêts au titre des exercices clos en 2008 et en 2009, en diminuant d'autant le montant des intérêts différés sur les exercices suivants.

Pour restituer à ces opérations leur véritable nature, l'administration a mis en œuvre, en vertu de l'article L. 64 du livre des procédures fiscales, la procédure d'abus de droit sur le fondement de la fraude à la loi. Elle a ainsi recalculé le montant des intérêts différés en application du II de l'article 212 du code général des impôts en faisant abstraction de ces distributions pour le calcul du montant des capitaux propres de la société J.

Il en est résulté des rectifications s'élevant au titre des exercices clos le 30 septembre des années 2008 et 2009 respectivement à 23 006 363 et 22 829 192 euros. Ces rectifications ont entraîné la réduction des déficits déclarés au titre de ces exercices tant chez la société J qu'au niveau du résultat du groupe intégré.

B) Les opérations intervenues au cours de l'exercice 2010.

Le 22 juin 2010 la société J2, société centralisatrice de la trésorerie du groupe fiscal français, a emprunté une somme de 202 millions d'euros auprès de la société J5, via le système de cash-pooling existant

Le 16 juillet 2010, la société J a décidé de distribuer la prime d'émission inscrite au passif de la société J2 à hauteur d'un montant de 180 millions d'euros afin de pouvoir rembourser une partie de sa dette auprès de sa société sœur de droit américain J6. Cette distribution a été financée par la société J2 au moyen des sommes empruntées à la société J5. Le produit de cette distribution a été comptabilisée par la société J en produits financiers, exonérés dans le cadre du régime mère-fille sous déduction de la quote-part de frais et charges de 5% qui a été réintégrée au niveau de la société J puis neutralisée au niveau du résultat d'ensemble.

Le 26 juillet 2010, la société J a cédé à la société J7 les titres des sociétés J2 et J3 pour un montant respectif de 225 millions d'euros, tenant compte de la distribution préalable de la prime d'émission par la société J2, et de 125 millions d'euros.

Le même jour, la société J7 a augmenté son capital de 350 millions d'euros. La société J a souscrit à cette augmentation de capital qu'elle a libérée par compensation avec les créances liquides et exigibles qu'elle détenait sur cette dernière à la suite de la cession des titres des sociétés J2 et J3.

Enfin, toujours le 26 juillet 2010, la société J7 a recapitalisé la société J2 à hauteur de 300 millions d'euros. A cette fin, elle a emprunté cette somme auprès de sa société sœur de droit belge J8 BVBA. Au moyen de ces fonds, la société J2 a remboursé le même jour à la société J5 le montant précédemment emprunté à hauteur de 180 millions d'euros correspondant au montant de la prime d'émission distribuée.

L'administration a relevé que :

ces différentes opérations avaient permis à la société J du fait de la comptabilisation du dividende versé par la société J2 en produits financiers d'améliorer son ratio de couverture d'intérêts défini au b du 1 du II de l'article 212 du code général des impôts et, par suite de majorer le montant d'intérêts versés à des sociétés, déductible de son résultat imposable ;

en l'absence de distribution de la prime d'émission par la société J2, la cession des titres de la société J2 n'aurait pas emporté d'effet différent que ce soit sur la structure des capitaux propres ou l'endettement des sociétés J, J7 et J2 ;

cette distribution préalable n'avait pas diminué le poids de la dette d'acquisition de la société J7, puisque cette dernière avait supporté indirectement cette distribution par la recapitalisation de la société J2 le jour même de l'acquisition des titres de la société J2.

Par une proposition de rectification, distincte de la première en date du 28 juin 2012, l'administration a considéré que ce montage avait pour seul objectif de scinder de manière purement artificielle la cession des titres de la société J2 en une opération de distribution, de cession, puis de recapitalisation dans le seul but d'augmenter le montant d'intérêts versés à des sociétés liées, déductibles en application du II de l'article 212 du code général des impôts. Pour écarter cette distribution réalisée par la société, l'administration a mis en œuvre, en vertu de l'article L. 64 du livre des procédures fiscales, la procédure d'abus de droit sur le fondement de la fraude à la loi. Elle a ainsi recalculé le montant des intérêts différés en application du II de l'article 212 du code général des impôts en faisant abstraction de cette distribution pour le calcul du ratio de couverture d'intérêts prévu au b du 1 du II du même article.

Il en est résulté des rectifications s'élevant au titre de l'exercice clos le 30 septembre de l'année 2010 à 22 563 228 euros. Ces rectifications ont entraîné la réduction des déficits déclarés au titre de cet exercice tant chez la société J qu'au niveau du résultat du groupe intégré.

Les Positions du comité

Après avoir entendu ensemble les conseils de la société ainsi que les représentants de l'administration, le Comité s'est prononcé sur chacun des abus de droit dans les termes suivants.

A) S'agissant des opérations intervenues pendant la période intercalaire comprise entre la publication de la loi prévoyant les nouvelles dispositions de l'article 212 du code général des impôts et le premier exercice de leur application par la société

Le Comité relève que les décisions de distribution de la prime d'émission des sociétés J1 et J2, ainsi que les distributions payées en actions par les sociétés J4 et J3 ont modifié le montant des capitaux propres des exercices ouverts avant le 1er octobre 2007, date à partir de laquelle les nouvelles dispositions du II de l'article 212 du code général des impôts étaient applicables à la société J. Il relève que ces décisions ont eu pour effet de permettre à la société de respecter les ratios prévus par ces nouvelles dispositions avant qu'elles ne puissent être opposées à la société J.

Le Comité constate qu'alors que les nouvelles dispositions du II de l'article 212 du code général des impôts sont destinées à lutter contre la sous-capitalisation, le législateur n'a pas prévu de modalités particulières destinées à prendre en compte, pour leur mise en œuvre différée, les évolutions constatées au regard de ces ratios pendant la période intercalaire comprise entre la publication de la loi prévoyant ces nouvelles dispositions et l'ouverture du premier exercice de leur application par les sociétés.

Le Comité estime que, pour les exercices clos le 30 septembre des années 2008 et 2009, pour lesquels les nouvelles dispositions du II de l'article 212 du code général des impôts étaient applicables, la société J n'a pu, dans le silence de la loi, au seul motif d'opérations réalisées antérieurement à leur entrée en vigueur et qui ne sont contraires en elles-mêmes à aucun texte, faire, à raison de ces opérations, une application littérale des dispositions de l'article 113 de la loi n° 2005-1719 du 30 décembre 2005 de finances pour 2006 contraire à l'intention du législateur, alors même que le fait de différer l'entrée en vigueur de ces dispositions témoigne de l'intention du législateur de permettre aux entreprises de disposer du délai nécessaire pour procéder à leur recapitalisation mais sans toutefois en préciser les modalités.

Par suite, le Comité émet l'avis que, dans ces conditions, l'administration n'était pas fondée à mettre en œuvre la procédure de l'abus de droit fiscal prévue à l'article L.64 du livre des procédures fiscales.

B) S'agissant des opérations intervenues en 2010

Le Comité précise que la distribution de la prime d'émission inscrite à son passif par la société J2 à la société J n'a conduit, grâce au régime mère-fille et à l'intégration fiscale, à aucune imposition au titre de l'exercice clos le 30 septembre 2010, dès lors que cette distribution a été retranchée du résultat fiscal de cet exercice en application de l'article 216 du code général des impôts et que la quote-part de frais et charges de 5 % a été neutralisée pour la détermination du résultat d'ensemble du groupe fiscal dont la société J est la société intégrante.

Le Comité relève que :

la distribution de la prime d'émission par la société J2, puis l'augmentation de son capital a emporté sur le montant des capitaux propres de cette société des effets identiques à une incorporation au capital de cette prime d'émission ;

Cette distribution a été en réalité financée par la société J7, cessionnaire des titres de la société J2 du fait de l'augmentation de capital de cette société décidée le jour même de cette acquisition par ce cessionnaire. Par suite, le prix d'acquisition de la société J2, acquitté par le cessionnaire, n'est pas différent de celui qu'il aurait payé si la société cédante J n'avait pas décidé d'une distribution de la prime d'émission quelques jours auparavant ;

le remboursement d'une partie des emprunts contractés auprès de sa société sœur par la société J2 ne pouvait légitimer à lui seul cette distribution préalable à la cession des titres de la société distributrice, dès lors que cette distribution a été financée in fine par la société cessionnaire ;

aucun motif économique ne justifiait cette distribution de la prime d'émission de la société J2 préalable à sa cession par la société J à une autre société du groupe. En conséquence, le Comité déduit de l'ensemble des éléments portés à sa connaissance que la décision prise par la société J de distribuer la prime d'émission de la société J2 quelques jours avant la cession des titres de cette société était motivée par le seul objectif d'augmenter, par la constatation d'un produit financier en lieu et place d'un produit exceptionnel lié à la cession des titres, son résultat courant avant impôts d'une fraction du prix d'acquisition acquitté par la société J7 et, par suite de majorer, par ce montage, la quotité d'intérêts versés à des sociétés liées et déductibles en application du II de l'article 212 du code général des impôts afin de diminuer le montant de ses intérêts différés, et, ce à l'encontre de l'intention du législateur qui n'a pas entendu prendre en compte, pour apprécier le ratio défini au b du 1 du II de ce même article, les produits exceptionnels de cession d'actif.

Par suite, le Comité émet l'avis que l'administration était fondée à mettre en œuvre la procédure de l'abus de droit fiscal prévue à l'article L.64 du livre des procédures fiscales. Enfin, le Comité estime que, s'agissant des opérations intervenues en 2010, la société J doit être regardée comme ayant été la principale bénéficiaire des actes constitutifs de l'abus de droit au sens du b) de l'article 1729 du code général des impôts. Il émet donc l'avis qu'en l'absence de situation déficitaire, l'administration serait fondée à appliquer la majoration de 80 % prévue par ces dispositions.