



Mécanisme anti-abus en matière de charges financières afférentes
à l'acquisition de titres de participation

RAPPORT

FAIT

Au nom de la commission des finances (1) sur le projet de **loi de finances rectificative**,
Pour 2011, ADOPTE PAR L'ASSEMBLEE NATIONALE,
Par Mme Nicole BRICQ,
Sénatrice

Tome I : Rapport

Mécanisme anti-abus en matière de charges financières afférentes
à l'acquisition de titres de participation

Article 40 de la loi n° 2011-1978 du 28 décembre 2011
de finances rectificative pour 2011 (1)

Commentaire : inspiré du dispositif anti-abus dit de l'« amendement Charasse », le présent article propose d'interdire la déduction des charges afférentes à des titres de participation lorsque ces titres ne sont pas effectivement gérés, ou que la société acquise n'est dans les faits pas contrôlée, par la société française qui les détient ou par une société appartenant au même groupe économique.

i. le droit existant 2

- a. les facultés d'optimisation constatées sur la déductibilité des charges financières 2
- b. le dispositif anti-abus dit de l'« amendement charasse » 4

ii. le dispositif adopté par l'assemblée nationale 5

- a. le principe du mécanisme anti-abus 5

- b. une inversion de la charge de la preuve, qui repose sur le contribuable 6
- c. les modalités de réintégration des charges 7
- d. les exceptions et précisions apportées 7

iii. la position de votre commission des finances 8

I. LE DROIT EXISTANT

A. LES FACULTÉS D'OPTIMISATION CONSTATÉES SUR LA DÉDUCTIBILITÉ DES CHARGES FINANCIÈRES

Comme toute charge engagée dans l'intérêt de l'exploitation d'une entreprise, en particulier pour la création ou la conservation de ses revenus, les intérêts d'emprunt sont déductibles et peuvent donc minorer le résultat imposable à l'impôt sur les sociétés (IS). Ce régime encourage par conséquent le recours à l'endettement. Bien que commun à l'ensemble des entreprises, **il confère un avantage aux secteurs les plus capitalistiques et aux grandes entreprises**, compte tenu du poids de leur endettement dans la valeur ajoutée.

Dans son étude sur « *le taux de taxation implicite des bénéficiaires en France* », publiée en juin 2011, la Direction générale du Trésor a confirmé le constat d'ensemble du Conseil des prélèvements obligatoires (CPO)¹⁴⁹, selon lequel les grandes entreprises bénéficient d'un taux implicite d'imposition plus de deux fois inférieur à celui des PME (respectivement 39,5 % et 18,6 %).

Elle a également révélé le rôle déterminant des charges financières dans cet écart de taux implicite. L'avantage procuré par la déductibilité des charges financières est ainsi près de quatre fois supérieur pour les grandes entreprises (effectifs supérieurs à 5 000 salariés) que pour les PME (effectifs compris entre 10 et 249 salariés) et explique à hauteur d'environ 10 points l'écart global des taux implicites.

Compte tenu de son impact potentiel sur le bénéfice imposable, la déductibilité des charges financières d'acquisition est immanquablement devenue un vecteur privilégié d'optimisation à l'échelle nationale ou internationale. Dans un rapport d'information publié en juillet 2011¹⁵⁰, notre collègue député Gilles Carrez, rapporteur général, a mis en évidence certains abus caractérisés par le **rattachement au résultat imposable en France de charges financières afférentes à des titres de sociétés qui, dans les faits, ne sont pas contrôlés par la société les détenant juridiquement.**

Extrait du rapport d'information de Gilles Carrez sur l'application des mesures fiscales contenues dans les lois de finances (juillet 2011)

(...) « Le périmètre d'imposition lui-même - ce qu'est le contribuable - est, à l'impôt sur les sociétés, non un donné mais **un produit de décisions de gestion.** (...) »

« Combinée avec la règle de territorialité de l'impôt et les différences entre les systèmes fiscaux nationaux, cette caractéristique de l'impôt **ouvre des possibilités très importantes d'optimisation fiscale** dont la réalité ne peut être aisément appréhendée à partir de données fiscales qui, malgré des dispositifs anti-abus, **ne permettent pas nécessairement de distinguer une « vraie charge » et une charge « payée à soi-même »** et qui ne

rendent a fortiori pas compte de produits qui ne sont pas perçus, par exemple parce qu'ils sont maintenus à l'étranger.

(...)

« **Les produits et charges financiers représentent**, agrégés sur la totalité de la population étudiée, **des volumes très élevés** et dont le niveau, qui s'explique peut-être par des opérations interbancaires, peut même surprendre. La somme des produits financiers représente ainsi 1 656 milliards d'euros et la somme des charges financières, 1 787 milliards d'euros. (...)

« Il convient de noter que **les charges d'intérêts sont concentrées au sein des groupes** qui, bien qu'ils ne déclarent qu'environ 70 % du total des charges et des produits, déclarent 90 % des charges d'intérêt (1 500 milliards) contre 72 % des produits correspondants. Ces données sont convergentes avec les conclusions du Trésor qui établissent, comme cela a été rappelé, le rôle déterminant des charges financières dans l'écart du taux implicite constaté entre les PME et les grandes entreprises.

(...)

« Intuitivement, on peut toutefois estimer que trois phénomènes peuvent contribuer à expliquer ce niveau des charges financières et la concentration de ces charges au sein des groupes.

« Une première explication, que l'on pourrait qualifier d'économique, serait **une plus forte intensité capitalistique des grandes entreprises**. C'est une explication qui est avancée à juste titre par la direction du Trésor. (...)

« Une seconde explication est le fait que **les montages de LBO sont généralement organisés en groupe**. Comme on le sait, il s'agit de montages dans lesquels c'est, en pratique, la cible acquise qui finance sa propre acquisition par une holding de contrôle avec laquelle elle forme un groupe au sens fiscal.

« Les résultats de la société acquise sont donc, pour l'établissement de l'impôt du groupe, minorés des charges financières supportées par la holding pour l'acquisition de la société opérationnelle. **L'Etat supporte donc, de fait, une part du coût d'acquisition de la société opérationnelle à raison de l'impôt perdu sur ses résultats.**

« Il convient de noter qu'il s'agit de montages très répandus qui représentent un enjeu fiscal majeur. **La seule limitation réelle à leur développement est le dispositif dit de l'amendement « Charasse »** organisant la réintégration au résultat de charges financières en cas de rachat à soi-même. Aucune limitation n'intervient, en revanche, en cas de changement de contrôle, ni lorsque les opérations ne sont pas réalisées à l'intérieur d'un groupe.

« Enfin, une troisième explication, également fiscale, au poids des charges des financières pourrait être l'existence de pratiques d'optimisation tendant à minorer le bénéfice imposable en France notamment en rattachant aux résultats d'exploitations françaises des charges financières afférentes à des opérations étrangères dont le bénéfice ne sera pas rapatrié (ou le sera sous les régimes de faveur des sociétés mères ou des plus-values sur titres de participation).

B. LE DISPOSITIF ANTI-ABUS DIT DE L'« AMENDEMENT CHARASSE »

Les septième à treizième alinéas de l'article 223 B du code général des impôts comportent un mécanisme tendant à prévenir certains abus en matière de déduction de charges financières afférentes à une acquisition, plus connu sous le nom d'« amendement Charasse », du nom de notre ancien collègue qui l'avait défendu en 1988, en tant que ministre du budget, quelques mois après l'introduction du régime de l'intégration fiscale. Ce dispositif prévoit, dans certaines conditions, une **limitation à la déductibilité des intérêts** d'une dette d'acquisition, et trouve particulièrement à s'appliquer dans les montages de rachat de société avec effet de levier (*leveraged buy-out* - LBO).

Il dispose que lorsqu'une société a acquis les titres d'une autre société qui est ou qui devient membre du même groupe aux personnes qui la contrôlent, directement ou indirectement, ou à des sociétés que ces personnes contrôlent, directement ou indirectement, les charges financières supportées à l'occasion de l'acquisition doivent être réintégrées pour la détermination du résultat fiscal d'ensemble.

Le lien direct ou indirect de contrôle entre le cédant et l'acquéreur s'entend au sens de l'article L. 233-3 du code de commerce^{151(☺)} (cf. encadré *infra*). Plusieurs assouplissements sont toutefois prévus, notamment en cas de rétrocession de la société acquise, de changement effectif de contrôle ou de cession intra-groupe^{152(☺)}.

La notion de contrôle au sens de l'article L. 233-3 du code de commerce

« I. - Une société est considérée (...) comme en contrôlant une autre :

« 1° Lorsqu'elle détient directement ou indirectement une fraction du capital lui conférant la **majorité des droits de vote** dans les assemblées générales de cette société ;

« 2° Lorsqu'elle dispose seule de la majorité des droits de vote dans cette société en vertu d'un **accord** conclu avec d'autres associés ou actionnaires et qui n'est pas contraire à l'intérêt de la société ;

« 3° Lorsqu'elle **détermine en fait**, par les droits de vote dont elle dispose, les **décisions** dans les assemblées générales de cette société ;

« 4° Lorsqu'elle est associée ou actionnaire de cette société et dispose du **pouvoir de nommer ou de révoquer la majorité des membres** des organes d'administration, de direction ou de surveillance de cette société.

« II. - Elle est **présumée** exercer ce contrôle lorsqu'elle dispose directement ou indirectement, d'une fraction des droits de vote **supérieure à 40 %** et qu'aucun autre associé ou actionnaire ne détient directement ou indirectement une fraction supérieure à la sienne.

« III. - Pour l'application des mêmes sections du présent chapitre, deux ou plusieurs personnes **agissant de concert** sont considérées comme en contrôlant conjointement une autre lorsqu'elles déterminent en fait les décisions prises en assemblée générale. »

Il s'agit de prévenir une utilisation abusive de l'intégration fiscale et **les montages s'apparentant à un « rachat à soi-même »**, consistant à ce que l'acquéreur crée artificiellement une dette d'acquisition en rachetant la société auprès d'une holding qui le contrôle. En l'absence du dispositif, les frais financiers afférents à l'acquisition seraient, par

le mécanisme de l'intégration fiscale, compensés avec les résultats de la société cible sans modification réelle de la consistance économique du groupe.

Le dispositif a notamment été complété par la loi de finances pour 2006 afin de permettre à l'administration de mieux lutter contre certains montages qui permettaient de s'en abstraire par voie de fusion intra-groupe. Il s'applique donc également en l'absence d'intégration directe de la société acquise dans le groupe fiscal de la société cessionnaire, **dès lors qu'intervient une fusion-absorption entre ces deux sociétés**, ou entre la société rachetée et une société membre ou devenant membre du même groupe que la société cessionnaire.

La réintégration s'applique pendant l'exercice d'acquisition des titres et les huit exercices suivants (soit au total **neuf ans**) et est déterminée de manière forfaitaire. Elle s'effectue, pour chaque exercice, à concurrence d'une fraction égale au **rapport entre le prix des titres acquis** auprès de la ou des personnes contrôlant le groupe **et le montant moyen des dettes des sociétés membres du groupe**. La formule est donc la suivante :

Réintégration annuelle des charges financières supportées par la (les) société(s) intégrée(s) = prix d'acquisition des titres / montant moyen des dettes des sociétés du groupe sur l'exercice.

II. LE DISPOSITIF ADOPTÉ PAR L'ASSEMBLÉE NATIONALE

A. LE PRINCIPE DU MÉCANISME ANTI-ABUS

Le présent article additionnel, introduit à l'initiative de notre collègue Gilles Carrez, rapporteur général du budget, avec l'avis favorable du Gouvernement qui l'a sous-amendé, entend lutter contre certains abus, caractérisés par le rattachement au résultat imposable en France de charges financières afférentes à des titres de participation dans des sociétés qui ne sont pas contrôlées par la société qui les détient juridiquement. Son I propose ainsi, dans un nouveau paragraphe IX inséré dans l'article 209 du code général des impôts, un **mécanisme de réintégration des charges financières au résultat imposable en cas de contrôle « fictif », inspiré du dispositif dit de l' « amendement Charasse »**.

Il s'agit d'interdire la déduction des charges afférentes à des titres de participation **lorsque ces titres ne sont pas effectivement gérés par la société les détenant** - ou par une société appartenant au même groupe économique - et donc notamment lorsqu'ils sont, en fait, gérés depuis l'étranger, la société française détentrice se présentant comme une sorte de « relais fiscal ».

Les **titres de participation** sont ceux bénéficiant du régime d'exonération des plus-values de cession au titre de l'IS, mentionnés au troisième alinéa du a *quinquies* du 1 de l'article 219 du code général des impôts. Il convient de rappeler que la définition de ces titres est à la fois **fiscale, économique et comptable**. Il s'agit, aux termes du a *ter* de l'article 219, des « *parts ou actions de sociétés revêtant ce caractère sur le plan comptable* » détenus par la société depuis au moins deux ans. En outre, la doctrine fiscal-comptable considère que constituent de véritables participations les titres dont la possession durable est estimée utile à la vie de l'entreprise, notamment parce qu'ils permettent d'exercer une influence notable ou un contrôle sur la société émettrice.

A l'appui de son amendement, Gilles Carrez a développé en séance un exemple illustrant que certaines entreprises utilisent le droit fiscal français pour réaliser des opérations d'acquisition à l'étranger : « *une entreprise américaine a besoin d'acheter une société en Allemagne ou en République tchèque. Pour ce faire, elle utilise comme support une*

entité française, qu'elle endette et qui bénéficie donc, en application du droit fiscal français, de la déductibilité totale de ses intérêts, alors qu'elle n'est pour rien dans la chaîne de décision qui aboutit au rachat de cette société tchèque ou allemande ».

Compte tenu de son objet et de la diversité des opérations concernées, le dispositif anti-abus repose sur un **postulat d'inversion de la charge de la preuve**, qui conditionne le maintien de la déductibilité des charges financières : ce n'est pas à l'administration fiscale de montrer que le montage est abusif mais à l'entreprise cessionnaire de prouver qu'il ne l'est pas.

Aux termes du **II** du présent article, ce dispositif est applicable **aux exercices ouverts à compter du 1^{er} janvier 2012** et n'a donc pas de portée rétroactive. Afin de ne pas imposer de charge administrative supplémentaire aux petites entreprises, il n'est pas applicable lorsque la valeur des titres de participation détenus par la société est **inférieure à un million d'euros**.

B. UNE INVERSION DE LA CHARGE DE LA PREUVE, QUI REPOSE SUR LE CONTRIBUABLE

Le texte proposé pour le 1 du nouveau IX de l'article 209 pose le principe d'une inversion de la charge de la preuve, que l'entreprise qui a acquis les titres doit apporter pour pouvoir bénéficier de la déductibilité des charges financières d'acquisition. Ces dernières sont ainsi rapportées au bénéfice de l'exercice si la société n'est pas en mesure de démontrer « **par tous moyens** » **qu'elle a effectivement pris la décision d'acquérir les titres ainsi que, le cas échéant, le contrôle qu'elle exerce sur la participation acquise**, et donc la réalité du rattachement des charges financières afférentes à l'acquisition.

L'entreprise doit ainsi démontrer « **que les décisions relatives à ces titres sont effectivement prises par elle** », par une société française qui la contrôle ou par une société française soeur (*cf. infra*), au sens du I de l'article L. 233-3 du code de commerce, précité. De même, si, compte tenu du niveau de la participation, un contrôle ou une influence est exercé sur la société dont les titres sont détenus, il devra être prouvé « **que ce contrôle ou cette influence est effectivement exercé par la société détenant les titres** », par une société française qui la contrôle ou par une société française soeur.

Les moyens de preuve peuvent, par exemple, consister en des éléments de fait et organigrammes établissant la réalité des processus de décisions. Il s'agit de prouver que l'entreprise (ou une société du même groupe) détenant les titres constitue, pour la gestion de ces derniers, **un centre de décision disposant d'une autonomie propre**, critères qui ont été précisés par la jurisprudence s'agissant de la définition du concept d'établissement stable.

Cette démonstration doit être faite au titre de l'exercice ou des exercices couvrant la période de douze mois suivant l'acquisition des titres et, pour le stock des titres actuellement détenus, au titre du premier exercice ouvert en 2012.

La régularité de la déduction de charges pour lesquelles la démonstration aura été apportée restera, par ailleurs, **subordonnée aux conditions de droit commun**. Elles devront donc, notamment, être supportées dans l'intérêt de l'entreprise (qui n'est pas nécessairement celui du groupe fiscal) et correspondre à une opération n'ayant pas un but exclusivement fiscal, qui constitue la condition d'application de l'abus de droit.

C. LES MODALITÉS DE RÉINTÉGRATION DES CHARGES

Aux termes du texte proposé pour le 2 du paragraphe IX de l'article 209, les charges financières afférentes à l'acquisition des titres, susceptibles d'être rapportées au résultat imposable, sont réputées égales à une fraction correspondant au rapport entre le prix d'acquisition de ces titres et la somme du montant moyen des dettes des sociétés membres du groupe.

La réintégration s'applique au titre de l'exercice au titre duquel la démonstration doit être apportée et des exercices clos jusqu'au terme de la huitième année suivant celle de l'acquisition, soit au total **neuf ans**. De même, le montant des charges financières, et partant, celui de l'endettement du groupe, s'apprécie exercice par exercice. Cette formule de réintégration forfaitaire ainsi que sa durée d'application sont donc **identiques à celles prévues par l'« amendement Charasse »**, exposé *supra*.

Il convient toutefois de relever qu'à la différence de ce dernier, la réintégration ne s'applique pas à compter de l'exercice d'acquisition des titres mais de celui ou ceux au titre desquels la démonstration doit être apportée par l'entreprise, couvrant la période de douze mois suivant l'acquisition des titres.

Ces dispositions sont logiquement adaptées, sans que le principe de la formule de réintégration soit modifié, au cas de **restructuration** au sein du groupe, c'est-à-dire de fusion, de scission ou d'opération assimilée, **intervenant durant la période de réintégration**, pour la fraction de cette période restant à courir. La réintégration est ainsi appliquée aux entités venant aux droits de l'entreprise ayant initialement acquis les titres, selon les modalités suivantes :

- **en cas de fusion ou d'apport**, les charges financières déduites pour la détermination du résultat de la société absorbante ou bénéficiaire de l'apport sont rapportées à ce résultat pour une fraction égale au rapport du prix d'acquisition par la société absorbée ou scindée des titres au montant moyen au cours de l'exercice de la dette de l'entreprise absorbante ou bénéficiaire de l'apport ;

- **en cas de scission ou d'apport partiel d'actif**, la réintégration des charges financières est réalisée par la société détentrice des titres à l'issue de l'opération et le prix d'acquisition par la société scindée des titres est retenu au prorata du montant de l'actif net réel apporté à la ou les sociétés bénéficiaires des apports apprécié à la date d'effet de l'opération.

D. LES EXCEPTIONS ET PRÉCISIONS APPORTÉES

A la suite d'un sous-amendement du Gouvernement, **trois nouvelles clauses exonératoires** ont été insérées dans le 1 et le 6 du nouveau paragraphe IX.

Ce dispositif n'est ainsi pas applicable lorsque la société détentrice apporte la preuve que **la participation est contrôlée ou que les décisions de gestion sont prises par une société « soeur »**, ces deux sociétés étant ainsi « assimilées » comme une seule et même entité pour l'application du régime. La notion de société « soeur » est définie comme une société établie en France et directement contrôlée par la même société que celle qui contrôle la société détentrice, le contrôle étant entendu au sens de l'article L. 233-3 du code de commerce, précité.

Il n'est pas non plus applicable, aux termes du 6 du paragraphe IX, au titre **des exercices**^{153(*)} pour lesquels l'entreprise apporte la preuve :

- que les acquisitions **n'ont pas été financées par des emprunts dont elle ou une autre société du groupe auquel elle appartient supportent les charges**. En d'autres termes, si l'une de ces sociétés vient à s'endetter concomitamment à l'acquisition, la réintégration ne s'applique pas dès lors que cette société démontre que les emprunts qu'elle a contractés durant l'exercice portent sur des éléments autres que les titres visés par le présent dispositif. Il s'agit donc en quelque sorte de « ne pas se fier aux simples apparences » ;

- ou **que le ratio d'endettement du groupe auquel elle appartient est supérieur ou égal à son propre ratio d'endettement**, ce qui contribue à montrer que l'endettement de la société n'est pas artificiel et motivé par un but exclusivement fiscal, mais est cohérent avec le profil économique du groupe. Cette disposition constitue en réalité la **reprise d'une des exceptions à l'application du régime de lutte contre la sous-capitalisation**, prévue par le III de l'article 212 du code général des impôts.

Le dernier alinéa du 6 précise ainsi que le groupe et le ratio d'endettement s'entendent conformément aux dispositions des deux derniers alinéas du III de l'article 212. Il en résulte que :

- la notion de **groupe** n'est pas celle du droit fiscal mais du droit des sociétés, pour l'établissement des comptes consolidés. Le groupe s'entend ainsi de l'ensemble des entreprises françaises ou étrangères placées sous le **contrôle exclusif** d'une même société ou personne morale, au sens du II de l'article L. 233-16 du code de commerce^{154(*)} ;

- le **ratio d'endettement** est le rapport entre le montant total des dettes et celui des capitaux propres, retraités pour tenir compte des opérations intra-groupe. Les dettes ne comprennent donc pas celles contractées entre sociétés du groupe, et les capitaux propres sont « *minorés du coût d'acquisition des titres des entreprises contrôlées et retraités des opérations réciproques réalisées entre les entreprises appartenant au groupe* ».

III. LA POSITION DE VOTRE COMMISSION DES FINANCES

Cette initiative de l'Assemblée nationale est utile et intéressante en ce qu'elle permet de lutter contre les montages d'optimisation reposant sur une **dissociation entre la propriété juridique de titres et le pouvoir de décision ou le contrôle effectifs**.

A l'instar de certaines dispositions relatives au régime de lutte contre l'évasion fiscale dans les Etats et territoires non coopératifs, introduit par l'article 22 de la dernière loi de finances rectificative pour 2009^{155(*)}, le présent dispositif repose sur une **inversion de la charge de la preuve**. Elle paraît en première instance déroger au droit commun mais est légitimée par le caractère abusif des opérations en cause.

Ce dispositif est toutefois révélateur de la trop grande complexité de notre droit fiscal des entreprises, des facultés d'optimisation qu'elle suscite, et des limites des notions d'abus de droit et de fraude à la loi, qui sont les deux fondements privilégiés dont dispose l'administration pour combattre les montages à mi-chemin entre l'optimisation abusive et la fraude caractérisée.

Ces deux notions s'appuient en effet, conformément au droit communautaire, sur la **motivation exclusivement fiscale** du contribuable. Dans les faits, l'administration éprouve souvent des difficultés à prouver ce but exclusivement fiscal et peut voir son interprétation invalidée par la jurisprudence du Conseil d'Etat, ce qui conduit le législateur à introduire des mécanismes « anti-abus » tendant à en éclaircir les contours et à créer de nouvelles bases légales explicites à la fraude à la loi.

Ce faisant, **le « monstre de la complexité fiscale » se nourrit de lui-même et s'auto-entretient.** L'accumulation de précisions et de garde-fous législatifs, assortis de nouvelles exceptions, bien que rendus nécessaires par le constat des pratiques, fait courir le risque de nouvelles interprétations littérales et pointilleuses, d'une primauté de la lettre et du formalisme de la loi sur son esprit et son intention, et partant, de nouvelles facultés d'optimisation.

A cet égard, les exceptions sollicitées par le Gouvernement ne font qu'ajouter de l'opacité et des sources de contentieux, voire peuvent contribuer à vider en partie le dispositif de son contenu. En effet :

- l'exception relative au financement par des emprunts dont la société détentrice ou une autre société du groupe n'assumerait pas les charges financières paraît au mieux superflue et relever de l'appréciation, par l'administration fiscale, des preuves apportées, ou ambiguë et susceptible de limiter la portée de la mesure anti-abus ;

- la clause du ratio d'endettement (par rapport à celui du groupe) procède d'une assimilation impropre avec le régime de lutte contre la sous-capitalisation.

Il est donc proposé de supprimer les dispositions proposées dans le 6 du IX de l'article 209.

Décision de la commission : votre commission vous propose d'adopter cet article ainsi modifié.