

N° 311339
Société Prédica

Rapp. N. Agnoux

8^{ème} et 3^{ème} sous-sections réunies
Séance du 6 janvier 2010
Lecture du 22 janvier 2010

CONCLUSIONS

Mme Nathalie ESCAUT, Rapporteur Public

Lorsqu'une entreprise connaît des pertes conduisant à un niveau de capitaux propres insuffisant, elle peut soit imputer ses pertes sur ses réserves, soit reconstituer ses capitaux propres. Cette reconstitution peut prendre la forme d'une augmentation de capital ou au contraire d'une réduction du capital social. Parmi les techniques utilisées existe ce qui est appelé par la doctrine un « coup d'accordéon ». Cette opération consiste à combiner d'une part, une réduction du montant des pertes constatées par annulation des actions existantes et d'autre part, une augmentation du capital social avec émission d'actions nouvelles. **Le pourvoi dont vous saisit la Société Prédica va vous permettre de préciser le régime d'imposition de la moins-value réalisée lors de la cession de titres qui ont fait l'objet de tels « coups d'accordéon » et de compléter ainsi votre décision du 26 mars 2008 ministre de l'Economie c/SA Financière Fauvernier**, publiée à la RJF 2008 n° 637, avec une chronique d'Emmanuel Glaser dans la même revue, p. 543.

La Société Prédica est une société d'assurance appartenant au groupe Crédit Agricole. Dans le cadre du développement de son activité en Italie, elle a pris, en septembre 1990, une participation, à hauteur de 40 % de son capital, dans une société italienne d'assurance, la Société Ticino. Elle a ainsi acheté 1 840 000 actions pour un prix total de 287 097 360 francs. Mais la Société Ticino ayant enregistré, en 1990, des pertes pour un montant de 443 millions de francs, somme dépassant ses fonds propres, ses actionnaires de référence, la Société Monte Dei Paschi Di Sienna et la Société Prédica ont décidé, lors de l'assemblée générale extraordinaire du 26 juin 1991, d'apurer ces pertes et de lui apporter de nouveaux fonds propres. C'est ainsi que le capital social de la Société Ticino a été réduit de 46 milliards de liras avant d'être augmenté du même montant, les nouvelles actions ayant été intégralement souscrites par les Sociétés Prédica et Monte Dei Paschi Di Sienna. Toutefois, cette opération s'est révélée insuffisante puisqu'en 1991, la société Ticino a enregistré de nouvelles pertes à hauteur de 265 millions de francs. Ses actionnaires ont, le 10 juillet 1992, à nouveau, décidé l'annulation des actions existantes et l'émission de nouvelles actions à hauteur de la somme de 46 milliards de liras. Par la suite, la Société Prédica a décidé de se désengager du marché italien et a vendu, en novembre 1992, les actions qu'elle détenait dans la Société Ticino pour un prix total de 91 149 000 de francs. Elle a ainsi enregistré une moins-value de 398 710 743 francs. Dans sa déclaration de résultats de l'exercice 1992, elle a traité cette moins-value comme une moins-value à long terme en considérant qu'elle avait acquis depuis plus de deux ans les titres cédés. Mais elle a ensuite changé son analyse de l'opération en cause en estimant finalement que la moins-value réalisée

était une moins-value à court terme, à hauteur des deux tiers de son montant, au motif que les actions cédées correspondaient, pour les deux tiers, aux actions souscrites moins de deux ans auparavant lors des augmentations de capital de la Société Ticino. Le taux d'imposition des plus-values à court terme étant inférieur au taux d'imposition des plus-values à long terme, la société a saisi l'administration fiscale d'une réclamation afin d'obtenir la restitution de l'impôt sur les sociétés qu'elle estimait indûment acquitté au titre de l'exercice 1992. Mais l'administration a considéré que la moins-value en cause était intégralement une moins-value à long terme et a rejeté sa demande le 7 mai 1997. La Société Prédica se pourvoit régulièrement en cassation contre l'arrêt en date du 26 septembre 2007 (publié à la RJF 2008 n° 115) par lequel la cour administrative d'appel de Paris a rejeté l'appel qu'elle avait formé contre le jugement du tribunal administratif de Paris en date du 20 juin 2005 rejetant sa demande de restitution d'impôt.

Dans l'arrêt attaqué, la cour, après avoir admis que les opérations d'annulation et d'augmentation du capital de la Société Ticino avaient augmenté le coût d'acquisition de ses titres par la Société Prédica, a estimé que les titres cédés par cette dernière, en novembre 1992, devaient être regardés comme correspondant à ceux initialement acquis en septembre 1990. Pour écarter l'argumentation de la société requérante tirée de ce que les titres vendus ne correspondraient pas intégralement à ceux acquis en septembre 1990, la cour s'est fondée sur l'idée que le patrimoine de la Société Prédica n'avait pas été modifié à la suite des opérations d'annulation des titres et d'augmentation du capital de la Société Ticino puisque son pourcentage de participation dans le capital de cette société était demeuré inchangé au cours de la période. La cour en a conclu que la moins-value réalisée par la Société Prédica était une moins-value à long terme puisque portant sur des titres détenus depuis plus de deux ans. La Société Prédica critique ce raisonnement autour de deux moyens d'erreur de droit, au regard d'une part, des articles 38 et 39 duodecimes du code général des impôts et d'autre part, de la 2^{ème} directive du Conseil du 13 décembre 1976. Elle se prévaut aussi d'un moyen d'erreur de qualification juridique des faits. Nous croyons que dans la logique de votre décision précitée ministre de l'économie c/Société Financière Fauvernier, le moyen d'erreur de droit quant à l'application des articles 38 et 39 duodecimes du code général des impôts est fondé.

Précisons d'abord, même si **le calcul de la moins-value** réalisée par la Société Prédica n'est pas en discussion devant vous, que la cour a fait application des principes dégagés par votre décision du 16 mars 2001, SA Rexel, publiée à la RJF 2001 n° 755, en jugeant que ce calcul devait prendre en compte le coût de l'acquisition initiale des titres, majoré du montant des apports en capital intervenus lors des opérations de réduction à zéro du capital suivies immédiatement des émissions d'actions nouvelles.

La question en litige porte sur **la nature de la moins-value réalisée lors de la cession des titres ayant fait l'objet de telles opérations de réduction et d'augmentation de capital**. Il s'agit de déterminer l'incidence de ces opérations sur le calcul de la durée de détention des titres. Cette question est importante dès lors que le régime fiscal des plus et moins-values est différent selon qu'il s'agit de plus ou de moins values à court ou à long terme, c'est à dire, au terme de l'article 39 duodecimes du code général des impôts, portant sur des éléments acquis ou créés depuis plus ou moins de deux ans. C'est ainsi qu'en 1992, année d'imposition en litige, le taux d'imposition des plus-values à court terme était de 19 % alors que les plus-values à long terme étaient imposées au taux de droit commun de 34 %.

Vous vous êtes déjà prononcé sur cette question dans une hypothèse dans laquelle une société avait cédé les titres qu'elle détenait dans une filiale qui avait procédé à une augmentation

de capital, intégralement souscrite par cette société au moyen d'un abandon de créances, immédiatement suivie d'une réduction du capital pour le même montant par imputation des pertes, ce qui avait conduit à l'annulation du même nombre de parts que celui des titres émis dans le cadre de l'augmentation de capital. Il s'agit de votre décision précitée ministre c/SA Financière Fauvernier dans laquelle, vous inscrivant dans la logique de votre décision précitée du 16 mars 2001, SA Rexel, vous vous êtes fondé sur l'approche économique de l'opération dite de coup d'accordéon. Vous avez, en conséquence, jugé que, pour l'application de la distinction entre plus-values et moins-values à court ou long terme, la cession des titres ayant fait l'objet d'une opération de coup d'accordéon ne devait pas être regardée comme portant sur les titres initialement acquis mais devait être considérée comme ayant porté à la fois sur des titres initialement détenus et des titres acquis lors de l'augmentation de capital.

Nous croyons que vous pourrez transposer ce raisonnement à la cession de titre opérée par la Société Prédica. En effet, si les éléments de fait ne sont pas identiques à ceux de votre décision Société financière Fauvernier, ils ne nous semblent pas pour autant de nature à conduire à une solution différente.

* On écartera d'abord sans difficulté le motif sur lequel la cour a fondé son idée d'identité des actions cédées avec les actions initialement acquises qui était tirée de ce que le taux de participation de la Société Prédica dans la Société Ticino n'avait pas changé du fait de l'opération de recapitalisation. Votre décision Société financière Fauvernier comporte en effet une incise qui prévoit expressément l'application de son raisonnement dans le cas où le taux de participation du titulaire des titres cédés n'est pas affecté par l'opération de coup d'accordéon. Ajoutons d'ailleurs que la question aurait été plus délicate si le coup d'accordéon avait conduit à une réduction du pourcentage de participation de la Société Prédica. Vous pouvez voir sur cette question l'analyse du Président Fouquet dans un article intitulé « coup d'accordéon procédant d'une réduction du capital à zéro suivie d'une augmentation de capital », publiée à la revue de droit commercial 2009 n° 1 p. 224. Mais vous n'êtes pas saisi de ce cas de figure.

* La deuxième différence tirée de ce que dans l'affaire Société financière Fauvernier l'apport en capital avait eu lieu au moyen d'un abandon de créance de la société actionnaire alors qu'en l'espèce, la Société Prédica a payé en numéraires les nouvelles actions émises, nous semble sans incidence, le mode de paiement étant sans effet sur les conséquences de la recapitalisation.

* La troisième différence tient à l'ordre des opérations constituant le coup d'accordéon : alors que dans l'affaire Société financière Fauvernier, il y avait eu augmentation de capital puis annulation, à même hauteur, des titres initiaux, en l'espèce, la Société Ticino avait commencé par une réduction de son capital, de surcroît jusqu'à zéro, avant de procéder à une recapitalisation. Toutefois, vous avez jugé, dans votre décision du 17 octobre 2008, Société Cogefal, publiée à la RJF 2009 n° 8, qu'une société ne pouvait comptabiliser une moins-value à court terme à raison de la réduction à zéro du capital de sa filiale dès lors que cette réduction n'avait été décidée que sous condition suspensive de la réalisation d'une augmentation de capital pour laquelle elle bénéficiait de droits de souscription attachés aux actions destinées à être annulées et qu'à l'issue de ce coût d'accordéon elle avait détenu un pourcentage de titres de sa filiale plus important. En cas de réduction à zéro du capital, la perte n'est certaine et définitive que pour les associés qui ne souscrivent pas à l'augmentation de capital qui suit cette réduction. Dès lors que la réduction à zéro du capital est suivie de la souscription de nouveaux titres par l'associé, nous croyons que le raisonnement tenu dans votre décision Société financière Fauvernier demeure applicable.

* Il en va enfin de même lorsque, comme en l'espèce, ce n'est pas une mais deux opérations de coup d'accordéon qui ont eu lieu. La règle du prorata dégagée par votre jurisprudence peut s'appliquer quelque soit le nombre d'opérations de coup d'accordéon réalisées.

Si vous nous suivez, **vous jugerez que la cour a commis une erreur de droit** en estimant que les titres de la Société Ticino cédés, en novembre 1992, par la Société Prédica devaient être regardés comme détenus depuis plus de deux ans, car initialement acquis en septembre 1990, sans prendre en compte les apports de cette dernière lors des opérations simultanées d'annulation de titres et d'augmentation de capital intervenues en juin 1991 et juillet 1992.

Dans le cadre de vos pouvoirs d'évocation, vous pourrez alors statuer sur l'appel formé par la Société Prédica contre le jugement du tribunal administratif de Paris qui avait rejeté sa demande de restitution. Vous censurerez d'abord le jugement du tribunal qui avait adopté le même raisonnement que celui retenu par la cour pour juger que la moins-value en litige était intégralement une moins-value à long terme. Vous serez alors saisi du litige dans le cadre de l'effet dévolutif de l'appel. **Cela vous permettra de vous prononcer sur les règles de rattachement de la moins-value de cession et de préciser les modalités d'application de la règle du prorata dégagée par votre décision Société financière Fauvernier**, en déterminant si la ventilation à opérer entre moins-values de long terme et de court terme doit se faire au prorata du nombre de titres acquis par l'actionnaire à chaque souscription ou bien au prorata du montant des apports versés à chaque souscription.

Devant vous le ministre fait valoir que le prorata doit s'appliquer au montant des apports versés à chaque souscription. Au contraire, la Société Prédica soutient qu'il faut tenir compte du nombre de titres acquis. Elle invoque, à l'appui de sa thèse, la rédaction de votre décision Société financière Fauvernier.

Il est vrai que la rédaction de votre décision semble aller au soutien de la position de la Société Prédica puisque vous avez jugé que la cour administrative d'appel de Lyon n'avait pas commis d'erreur de droit en retenant une règle de prorata « à proportion des rapports existant entre les parts acquises lors de chaque souscription et le total des titres détenus à l'issue de l'augmentation de capital ». Toutefois, si votre décision Société financière Fauvernier fait référence aux titres acquis lors de l'augmentation de capital, elle valide néanmoins le raisonnement de la cour administrative d'appel de Lyon dans l'arrêt qui était attaqué. Or, cet arrêt avait fait application de la règle du prorata sur le montant des apports. Il en résulte donc une incertitude qui vient de ce que, dans l'affaire Société financière Fauvernier, le prorata sur le montant des apports et le prorata sur le nombre de titres avaient le même résultat puisque le prix unitaire de l'action était le même lors de la souscription initiale et de l'augmentation de capital. Votre décision n'avait donc pas à choisir entre les deux règles. Ce n'est pas le cas dans l'affaire qui vous est soumise, l'application de la règle du prorata sur le nombre de titres conduisant à un montant d'impôt sur les sociétés à restituer à la contribuable de 6 078 202 euros alors que celle de la règle du prorata sur le montant des apports se limite à la somme de 3 773 617 euros. Or, il nous semble que la logique qui sous tend votre décision Société financière Fauvernier implique de retenir une règle de prorata en fonction des apports versés. Comme on l'a dit, vous avez fait primer la logique économique du coup d'accordéon sur une approche strictement juridique. Puisque vous avez retenu, pour le calcul de la plus-value, un prix d'acquisition des titres correspondant à celui versé initialement augmenté de celui versé lors des recapitalisations ultérieures, c'est bien le montant des versements opérés à chaque coup d'accordéon qui importe

et non le nombre de titres, dès lors que le pourcentage de capital détenu par l'actionnaire reste le même. Comme le fait valoir le ministre, la Société Prédica n'a jamais détenu que 1 840 000 titres de la Société Ticino car si elle a acquis, trois fois, ce même nombre de titres, ces titres ont aussi été annulés à deux reprises.

Si vous nous suivez dans cette interprétation de la règle du prorata, vous pourrez juger que la moins-value de 398 710 743 francs subie par la Société Prédica lors de la cession de ses titres de la Société Ticino doit être regardée comme une moins-value à long terme à concurrence de 58,6 %. Ce pourcentage correspond au rapport entre l'apport initial de 287 097 360 francs opéré en septembre 1990 et le prix de revient total des titres qui s'élève, après addition du coût initial d'acquisition et des sommes versées lors des deux augmentations de capital, à la somme de 489 860 188 francs. La requérante est dès lors fondée à demander la restitution de l'impôt sur les sociétés acquitté au titre de l'exercice 1992 à raison de la prise en compte dans ses plus-values à long terme de 41,4 % de la moins-value réalisée lors de la cession de ses titres de la Société Ticino. Vous pourrez accorder à la Société Prédica une somme de 3 000 euros au titre de l'article L 761-1 du code de justice administrative.

Par ces motifs, nous concluons :

- 1° à l'annulation de l'arrêt attaqué de la cour administrative d'appel de Paris ;
- 2° à ce qu'il soit restitué à la Société Prédica la fraction d'impôt sur les sociétés acquittée à tort par elle au titre de l'exercice 1992 selon les règles sus rappelées ;
- 3° à ce que le jugement du tribunal administratif de Paris soit réformé en ce qu'il a de contraire à votre décision ;
- 4° à ce que l'Etat verse à la Société Prédica une somme de 3 000 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative ;
- 5° et au rejet du surplus des conclusions de la Société Prédica.