

**TOULOUSE
CAPITOLE**
Publications



« Toulouse Capitole Publications » est l'archive institutionnelle de
l'Université Toulouse 1 Capitole.

LA GESTION DU RÉGIME « MÈRE-FILLE » : QUEL EST LE RISQUE D'ABUS ?

ARNAUD DE BISSY

Référence de publication : Droit fiscal n° 50, 13 Décembre 2012, 558

Pour toute question sur Toulouse Capitole Publications,
contacter portail-publi@ut-capitole.fr

LA GESTION DU RÉGIME « MÈRE-FILLE » : QUEL EST LE RISQUE D'ABUS ?

1. - La France n'a pas attendu la directive « mère-fille » n° 90/435/CEE du 23 juillet 1990 concernant le régime fiscal commun applicable aux sociétés mères et filiales d'États membres différents pour exonérer les dividendes reçus par une société mère de ses filiales. Le régime des sociétés mères et filiales trouve son origine dans une loi du 31 juillet 1920 relative au budget général de l'exercice 1920 (article 27). L'objectif du législateur à l'époque, qui n'a pas changé depuis, est de favoriser les sociétés dites « omnium » qui prennent des participations dans des filiales et qui sont, selon les termes du rapporteur de la loi à l'époque « si importantes pour l'expansion économique de notre pays ». Seuls sont exclus du bénéfice de la mesure les titres que les sociétés achètent « dans un simple but de spéculation ». Bien entendu, le régime a évolué, à la suite notamment de la loi n° 65-566 du 12 juillet 1965 modifiant l'imposition des entreprises et des revenus de capitaux mobiliers, qui selon le rapporteur en a « simplifié et assoupli les conditions ». La loi n° 2000-13523 du 31 décembre 2000 de finances pour 2001 a également réduit le niveau requis de participation de 10 % à 5 %. Aujourd'hui, le principe de l'exonération figure à l'article 216 du CGI (exonération des « *produits nets des participations* », sous déduction d'une quote-part pour frais et charges de 5 %), et les conditions à l'article 145 du CGI (les titres doivent : revêtir la forme nominative ou être déposés dans un établissement désigné par l'Administration, représenter au moins 5 % du capital de la société émettrice, et être conservés pendant deux ans). L'article 54 de l'annexe II au CGI prévoit que les titres doivent être conservés en *pleine propriété* (mais le caractère simplement réglementaire du texte a suscité des interrogations s'agissant du portefeuille démembré). Certes, le régime français n'est pas le plus favorable ; d'autres pays, notamment l'Allemagne, exonèrent des dividendes reçus par une société sans condition de niveau et de durée de participation. Notons néanmoins que, dans le cadre de la convergence fiscale franco-allemande, l'Allemagne pourrait également introduire un taux de participation minimal^{Note 1}. Pour autant, l'avantage est substantiel. Combiné avec d'autres dispositifs fiscaux, il peut conduire les entreprises à prendre des participations dans le but de profiter de l'avantage fiscal et non pas de profiter de l'avantage à la suite d'une prise de participation... L'idée est alors de profiter d'un double avantage : une distribution massive de dividendes en exonération, d'une part, et la déduction d'une perte égale aux distributions, d'autre part. La technique consiste à prendre une participation dans une société disposant de fortes réserves, de faire voter une distribution exceptionnelle de réserves (exonérée) et de déduire une moins-value liée à la perte en valeur mathématique des titres de la société ainsi vidée de ses réserves.

2. - Ce schéma d'optimisation, dit « coquillard », présente-t-il un risque d'abus de droit ? -

Avant de se prononcer, il convient d'abord d'observer que tout n'est pas aussi simple pour les entreprises car la réglementation fiscale est bien construite et sans cesse renforcée au rythme des lois de finances (1). Pour autant, et de façon assez paradoxale, le législateur a surtout cherché à prévenir l'abus du régime des sociétés mères par le biais de montages complexes, car, dans le schéma d'optimisation traditionnel susvisé, l'administration fiscale semble faire confiance à la jurisprudence. L'avenir nous dira si elle a eu raison (2).

1. Des possibilités d'optimisation limitées

3. - Pour parvenir à leurs fins, les entreprises ont dû élaborer une savante stratégie d'évitement des écueils légaux (A). Leurs efforts ont été en partie ruinés par l'intervention du législateur fiscal qui a modifié les textes de façon à rendre sans intérêt les montages « coquillards » (B).

A. - Les trois écueils

4. - Le premier écueil réside dans l'application du régime mère-fille aux distributions exceptionnelles de réserves . Il sera passé sans difficulté : l'article 216 du CGI ne fait pas référence aux « dividendes », dont les contours sont incertains^{Note 2}, mais aux « *produits nets des participations* », dont le domaine est incontestablement plus large. Ainsi, la difficulté ne sera pas de profiter du régime mère-fille mais de pouvoir utiliser fiscalement la moins-value.

5. - Le deuxième écueil réside dans la déduction fiscale de la provision pour dépréciation des titres (« dépréciation ») . Fiscalement en effet, cette provision n'est pas déductible lorsqu'elle porte sur des titres de participation ; elle est traitée comme une moins-value à long terme réintégrée dans le résultat imposé au taux plein (bien sûr, lors de la cession des titres, la reprise sera déduite extra-comptablement). Pour éviter cet écueil, les entreprises classent leur participation en titres de placement. Ce classement comptable ne les pénalise pas sur le terrain de l'exonération des dividendes car le régime des sociétés mères ne requiert pas que les actions ou les parts de la filiale soient classées en titres de participation (cette exigence n'est requise que pour l'application du régime d'exonération des plus-values à long terme, *CGI, art. 219, I, a quinquies*). Certes, l'Administration pourrait plaider l'irrégularité comptable, mais d'une part la participation a-t-elle été acquise dans le but d'exercer une influence sur la filiale ? Et d'autre part, et

pour cette raison peut être, elle est sûre de son fait en matière d'abus de droit^{Note 3}. En outre, elle avait elle-même admis que les titres détenus en stocks par les marchands de biens pouvaient bénéficier du régime mère-fille si la condition de 5 % était remplie^{Note 4}.

6. - Le troisième écueil réside dans le caractère simplement temporaire de la provision ; l'appauvrissement recherché ne sera définitif que lors de la cession des titres .L'entreprise peut attendre deux ans pour céder ses titres et profiter d'une moins-value à long terme imputable car portant sur des titres de placement. Rappelons à cet égard que si le régime du long terme qui ne permet pas l'imputation des moins-values sur cession de titres de participation s'applique aux titres détenus par une société mère au sens du droit fiscal, il requiert l'inscription à un compte de titres de participation ou à une subdivision spéciale d'un autre compte correspondant à leur qualification comptable (*CGI, art. 219, I, a quinquies, al. 3*). Si l'entreprise cède ses titres avant deux ans, la moins-value à court terme est certes imputable mais l'opération entraînera la remise en cause du régime mère-fille puisque les titres de la filiale n'auront pas été conservés pendant le délai minimum (*CGI, art. 145, I, c*). Pour contourner cet obstacle, les entreprises utilisaient les dispositions de l'article 145, 1, c du CGI précité qui permet aux titres de ne pas être considérés comme ayant été cédés dans les deux ans en cas d'échange. Il suffisait donc de faire absorber la filiale par une autre société du groupe dans les deux ans et de ne pas demander le sursis (*CGI, art. 38, 7 bis*), tout en imputant la moins-value (*CGI, art. 145, I, c*). Un autre schéma consistait à utiliser l'intégration fiscale ; la moins-value à court terme n'est pas neutralisée lorsqu'une filiale quitte le groupe à la suite de son absorption et l'exonération des dividendes n'est pas remise en cause.

B. - L'encadrement législatif

7. - Le législateur est intervenu une première fois à la fin de l'année 2010 pour préciser que la dérogation posée à l'article 145, 1, c du CGI ne s'applique que si l'entreprise opte effectivement pour le sursis d'imposition^{Note 5}. En intégration fiscale, il est également précisé que si la cession intervient dans les deux ans, le prix de revient est diminué du montant des produits exonérés^{Note 6}. Ces dispositions sont applicables aux exercices clos à compter du 31 décembre 2010.

8. - Le législateur a complété le dispositif « anti-abus » durant l'été 2012 pour mettre fin à des schémas d'optimisation utilisés par des sociétés qui prenaient la qualité de marchands de biens (ils constatent une perte sur stocks déductible) ou qui détenaient des titres de sociétés à prépondérance

financière (ces titres sont exclus du régime des plus ou moins-values à long terme, *CGI, art. 219, I, a ter*), ou qui absorbaient leur filiale moins de deux ans après l'achat de la participation (elles profitent d'une moins-value à court terme déductible consécutive à l'annulation de leurs titres). Cette intervention a notamment eu pour effet, soit d'exclure de façon générale le régime mère fille (cas des marchands de biens), soit de prévoir que le régime du long terme s'appliquera aux moins-values et aux provisions à hauteur des distributions qui ont bénéficié de l'exonération au cours de l'exercice de cession des titres ou de comptabilisation de la provision et des cinq exercices précédents (cas des sociétés de gestion financière), ou que la moins-value à court terme résultant d'une annulation de titres à la suite de l'absorption de la filiale ne sera pas déductible à hauteur des dividendes qui ont été exonérés^{Note 7}. Ces dispositions sont applicables aux exercices clos à compter du 4 juillet 2012.

2. L'avenir du schéma dit « coquillard »

9. - Le législateur n'a pas expressément remis en cause le schéma « traditionnel » reposant sur la déduction d'une provision ou d'une moins-value sur les titres d'une filiale classés en titres de placement. Quant au point de savoir s'il s'agit d'un abus de droit, les positions du Comité de l'abus de droit fiscal (CADF) et de la cour administrative d'appel de Paris divergent radicalement (**A**). Si la position de la cour de Paris qui estime inapplicable l'article L.64 du LPF n'est pas convaincante en tous points, elle s'inscrit malgré tout dans un courant jurisprudentiel assez favorable aux entreprises. En fait, l'abus n'est pas là où on le pense (**B**).

A. - L'opposition entre le CADF et la cour administrative d'appel de Paris

10. - Un rapide recensement des décisions rendues par le CADF au cours de ces quatre dernières années (2008 à 2011) montre que sur dix-neuf affaires qui lui ont été soumises, dix-sept fois le comité a estimé que l'Administration était fondée à mettre en œuvre l'article L. 64 du LPF. Et lorsqu'il dénia ce droit, ce fut dans des situations particulières : dans la première^{Note 8}, il manquait un élément non-porté à la connaissance du Comité (remboursement de la quasi-totalité des apports), et dans la seconde^{Note 9}, il a été observé que la distribution ne pouvait être prise en compte dans les résultats de la mère absorbante dès lors qu'elle se situait pendant la période intercalaire couverte par la rétroactivité fiscale. Selon l'Administration, la remise en cause par la loi des schémas d'optimisation complexes ne signifie pas qu'elle renonce à invoquer l'abus de droit dans des montages considérés comme abusifs par le CADF lui-même. C'est le cas lorsque la société passe une provision pour dépréciation (déductible puisque ne portant pas sur des titres classés en titres de participation) puis une moins-value de cession au bout de deux ans

(reprise de la provision mais déduction de la moins-value sur des titres de placement). **Le rapport 2009 est éloquent : dix avis favorables sur dix** . Le Comité relève, à chaque fois, que la société mère avait fait distribuer la quasi-totalité des réserves de sa filiale la privant ainsi de toute substance, que les opérations de cession ont été effectuées entre des sociétés contrôlées par les mêmes personnes et que la filiale n'avait eu aucune activité postérieurement à la cession. Il en conclut que le contribuable avait pris l'engagement de conservation des titres dans un but uniquement fiscal et qu'il avait fait une application littérale des textes contrairement aux objectifs de leur auteur. Au contraire, la cour de Paris a rendu un ensemble de décisions en 2011 et en 2012 qui ont été défavorables à l'administration des impôts^{Note 10}. La cour de Paris conteste chacun des deux éléments constitutifs de l'abus de droit. Selon elle, il n'y a aucune motivation exclusivement fiscale qui serait attestée par un montage purement artificiel dès lors que les filiales existaient avant les opérations et qu'il existe une motivation économique consistant en l'amélioration de la trésorerie de la mère, pas plus que de méconnaissance des objectifs du législateur puisque l'absence d'option pour le régime des sociétés mères aurait conduit à une double imposition des bénéfices.

B. - L'abus n'est pas là où on le pense

11. - Sur le but exclusivement fiscal, nous ne sommes pas d'accord avec la cour de Paris . Il n'y a certes pas de montage purement artificiel faisant présumer la fraude à la loi au sens de la jurisprudence *Saga*^{Note 11} puisque les sociétés rachetées ne sont devenues des « coquilles vides », pour reprendre l'expression administrative, qu'à la suite des distributions. En revanche, le but économique de l'opération « d'acquisition/distribution » liée à l'amélioration de la trésorerie de la société mère ne tient pas une seconde ; cette dernière n'a fait en réalité qu'acheter ses dividendes, lesquels étaient déjà compris dans le prix de vente des titres. Elle n'en a donc retiré aucun avantage immédiat.

12. - Sur la contrariété aux objectifs du législateur, nous sommes plus en phase avec la cour de Paris . Ces décisions semblent en tout cas conformes aux arrêts *Axa* et *Goldfarb* du Conseil d'État^{Note 12}. Il n'y a aucune fraude à la loi lorsque le contribuable a profité d'un avantage fiscal qui est accordé pour éviter la double imposition des bénéfices^{Note 13}. Si l'objectif du législateur est seulement d'éviter une double imposition économique des bénéfices (à supposer que l'expression ait un sens, car un revenu perçu est toujours le produit d'un revenu économisé...), il n'est certes pas possible de faire le tri entre les distributions de dividendes. Mais il est bien certain que le législateur a également voulu encourager l'investissement dans les entreprises et récompenser le risque pris par les investisseurs^{Note 14}. Il n'est pas sûr que les montages tels qu'ils viennent d'être décrits répondent à cet objectif...

13. - Au-delà, on peut également s'interroger sur la **possibilité pour l'Administration de remettre en cause non pas l'exonération des dividendes reçus mais la déduction de la provision ou de la moins-value**. En effet, l'appauvrissement de la société mère est purement fictif puisque la déduction de la provision ou de la moins-value est dans les faits compensée par les dividendes reçus de la filiale. Reste bien sûr, pour l'Administration, à trouver un fondement. C'est ici que les choses se compliquent. L'acte anormal de gestion ? Mais les transactions ont été effectuées à un prix « normal ». L'abus de droit par simulation ? Mais les actes n'ont pas de caractère fictif. Par fraude à la loi alors ? Mais quelle loi ? On comprend que l'administration fiscale ait choisi de remettre en cause l'avantage fiscal (exonération des dividendes ou crédit d'impôt), plutôt que la provision ou la moins-value (qui est pourtant bien fictive). Si elle devait échouer devant le Conseil d'État, il lui restera encore la voie parlementaire...

Note 1 Ch. Nouel, Livre vert sur la convergence franco-allemande : Bull. Joly Sociétés, juin 2012, p.470.

Note 2 V. A. de Bissy, La notion de dividendes en droit fiscal : Dr. et patrimoine 2002, n° 108, p. 34.

Note 3 V. infra n° 9 à 13.

Note 4 RES n° 2009/58 (FE), 6 oct. 2009 : Dr. fisc. 2009, n° 42, act. 318, doctrine fiscale rendue caduque depuis la modification législative du 16 août 2012, V. infra n° 7 et 8.

Note 5 L. n° 2010-1657, 29 déc. 2010, art. 11 : Dr. fisc. 2011, n° 1, comm. 33. – Instr. 27 déc. 2011 : BOI 4 H-2-11, 5 janv. 2012, § 1 ; Dr. fisc. 2012, n° 3, instr. 14522.

Note 6 Ibidem.

Note 7 L. n° 2012-958, 16 août 2012, art.16 : Dr. fisc. 2012, n° 36, comm. 409, obs. P. Fumenier et C. Maignan.

Note 8 Affaire n° 2008-18, cf. Rapport 2008 du Comité consultatif pour la répression des abus de droit : Dr. fisc. 2009, n° 28, 404.

Note 9 Affaire n° 2011-03, cf. Instr. 26 avr. 2012 : BOI 13 L-3-12, 9 mai 2012 ; Dr. fisc. 2012, n° 21, instr. 14644

Note 10 CAA Paris, 7e ch., 29 juill. 2011, n° 09PA01219, Sté Établissements Bellaby, n° 09PA06363, Sté Lacil et n° 09PA01220, Sté Chemfi : Dr. fisc. 2011, n° 47, comm. 603, concl. Ph. Blanc, note M. Buchet. – CAA Paris, 16 déc. 2011, n° 09PA06147, Garnier Choiseul Holding. – Sur cet arrêt, V. C. Acard, Fiscalité financière, Dr. fisc. 2012, n° 23, 323, n° 19. – CAA Paris, 7e ch., 27 avr. 2012, n° 11PA02237, Groupement charbonnier montdidierien et CAA Paris, 7e ch., 27 avr. 2012, n° 11PA02238, Sté Kerry. – Sur ces arrêts, V. C. Acard, Fiscalité financière : Dr. fisc. 2012, n° 38, 438, n° 21.

Note 11 CE, 8e et 3e ss-sect., 18 mai 2005, n° 267087, min. c/ Sté Sagal : JurisData n° 2005-080715 ; Dr. fisc. 2005, n° 44-45, comm. 726, concl. P. Collin ; RJF 8-9/2005, n° 910 ; RJF 12/2005, chron. Y. Bénard, p. 943 ; BDCF 8-9/2005, n° 110, concl. P. Collin ; BGFE 2005, n° 4, obs. N. Chahid-Nourai ; Rev. adm. 2005, n° 347, obs. O. Fouquet, p. 482. – Sur cet arrêt, V. également, G. Goulard, L'abus de droit à la lumière du droit communautaire. À propos de l'arrêt CE, 18 mai 2005, SA Sagal : Dr. fisc. 2005, n° 44-45, 39.

Note 12 CE, 8e et 3e ss-sect., 7 sept. 2009, n° 305586, min. c/ SA Axa : JurisData n° 2009-081542 et CE, 8e et 3e ss-sect., 7 sept. 2009, n° 305596, Sté Henri Goldfarb : JurisData n° 2009-081543 ; Dr. fisc. 2009, n° 39, comm. 484, concl. L. Olléon, note E. Meier et R. Torlet ; RJF 12/2009, n° 1138 et n° 1139 ; BDCF 12/2009, n° 142, concl. L. Olléon. – V. également, O. Fouquet, Fraude à la loi : l'explicitation du critère « subjectif » : Dr. fisc. 2009, n° 39, act. 287.

Note 13 CAA Paris, 7e ch., 29 juill. 2011, n° 09PA01219, Sté Établissements Bellaby, n° 09PA06363, Sté Lacil et n° 09PA01220, Sté Chemfi, préc., et vingt-cinq autres arrêts similaires. - V. également, C. Acard, Fiscalité financière, Dr. fisc. 2012, n° 23, 323, préc., n° 17.

Note 14 V. A. de Bissy et G. Dedeurwaerder, Le critère du risque dans la jurisprudence fiscale : CDE 2012, dossier 14.