

# CHRONIQUE

## DROIT FISCAL



**CLAIRE ACARD**  
Associé  
Ernst & Young,  
cabinet  
d'avocats

### ■ ARRÊT DE LA COUR D'APPEL DE PARIS DU 12 JUIN 2008 N° 06PA04222

Le domaine des instruments financiers à terme est un domaine peu prisé par la jurisprudence fiscale, comme en témoigne le faible nombre d'arrêts rendus en la matière, qui relèvent d'ailleurs du régime antérieur à la loi sur l'épargne du 17 juin 1987<sup>1</sup>. Cette situation s'explique probablement par le caractère récent tant des techniques financières concernées, que de la mise en place d'une législation spécifique relative aux marchés financiers à terme par le biais de la loi sur l'épargne précitée.

On rappellera brièvement que le régime fiscal des instruments financiers négociés par les entreprises sur un marché organisé ou assimilé n'était pas défini avant l'entrée en vigueur de la loi de 1987. Les gains ou les pertes réalisés par une entreprise sur un contrat à terme d'instruments financiers négociés sur un marché – en France, essentiellement le Marché à terme international de France (MATIF) et le Marché des options négociables de Paris (MONEP) créé en 1987 – étaient donc soumis aux règles définies aux alinéas 1 et 2 de l'article 38 du Code général des impôts. Ces gains et ces pertes n'étaient pris en compte au plan fiscal, qu'au titre de l'exercice au cours duquel intervenait le dénouement ou la cession du contrat en cause. Parallèlement, il n'était pas tenu compte de la finalité de l'opération de couverture, de spéculation ou d'arbitrage.

Du point de vue de l'administration fiscale, l'absence de dispositif fiscal adapté était toutefois de nature à encourager certaines entreprises à utiliser astucieusement les techniques financières à terme pour gérer au mieux leur situation fiscale. Rien n'interdisait, en effet, à une entreprise de tirer fiscalement partie de l'existence d'une position couverte c'est-à-dire :

- procéder à la déduction immédiate de la moins value latente ou réalisée sur la position perdante ;
- en faisant abstraction du gain latent non imposé sur la branche gagnante.

Le dispositif imaginé par le législateur à l'occasion de la rédaction de la loi sur l'épargne du 17 juin 1987, afin de remédier aux errements ainsi mis en évidence, devait alors reposer sur deux principes distincts, mais néanmoins intimement liés. Le premier principe concernait les modalités d'évaluation des contrats en cours. Le second principe s'attachait, quant à lui, à neutraliser les effets que pouvait avoir la prise de positions symétriques sur le résultat fiscal des entreprises. C'est ainsi que fut décidée la règle selon laquelle à hauteur des gains latents non imposés subsistant sur l'une des positions, la perte subie sur l'autre position ne serait pas déductible des résultats imposables.

Dans ce contexte, les dispositions de la loi sur l'épargne du 17 juin 1987 sont venues compléter l'article 38 du Code général des impôts en instituant pour les entreprises qui interviennent sur les marchés à terme, un paragraphe 6 qui déroge aux paragraphes 1 et 2 de l'article 38 du Code général des impôts : l'article 38-6 prévoit ainsi une évaluation à la valeur du marché de certains instruments financiers à terme, organise un report des gains latents ou réalisés et limite, dans certains cas, la déductibilité des pertes latentes ou réalisées afférentes à des opérations de couverture.

C'est au sujet de ce troisième dispositif relatif aux positions dites symétriques que la cour d'appel de Paris, dans un arrêt en date du 12 juin 2008<sup>2</sup>, vient pour la première fois se prononcer (I), refusant ainsi la déductibilité d'une perte (ou plus précisément d'une présumée perte) subie par une entreprise au motif du non-respect par cette dernière des obligations déclaratives imposées par l'article 38-6-3° du Code général des impôts (II). Selon nous, la décision de la cour est toutefois intervenue au terme d'une analyse sommaire des conditions d'application du régime des positions symétriques (III), qui l'a conduite à commettre une erreur dans l'appréciation de l'une des conditions du texte précité.

1. CAA PARIS 17 juillet 1990, n° 89PA01984, concernant une opération de couverture soumise à l'ancien régime de l'article 38 du Code général des impôts.

2. CAA de Paris, 12 juin 2008, n° 06PA04222, inédit.

## I. LES FAITS

L'affaire en cause concerne deux sociétés, la société Transatlantique Chimie et la société Pardies Acétique (devenue ultérieurement Acetex Chimie), membres du même groupe fiscal intégré. En 1995, ces sociétés ont contracté des emprunts libellés en dollars auprès d'une société de droit américain.

La société Transatlantique Chimie a, pour sa part, contracté deux emprunts : le premier le 9 février 1995 pour un montant de 50 M\$ remboursable le 31 décembre 2003 et le deuxième le 2 octobre 1995 pour un montant de 53 M\$ remboursable le 1<sup>er</sup> octobre 2003.

La société Pardies Acétiques (Acetex chimie) a, de son côté, emprunté 17 M\$ remboursables le 1<sup>er</sup> octobre 2003.

Le 16 février 1996, afin de couvrir le risque lié à la fluctuation du cours du dollar, les deux sociétés ont conclu un contrat d'achat à terme de dollars au taux de 5,4312 francs pour un dollar avec une autre société américaine.

À la clôture de l'exercice le 29 février 1996, les deux sociétés ont comptabilisé dans leurs résultats financiers respectifs la différence entre le montant de leurs emprunts au cours du dollar au jour de leur conclusion et leur montant au cours du dollar au jour de la mise en place des couvertures.

Par ailleurs, elles ont enregistré en écart à l'actif la différence entre la contre-valeur des dollars objets du contrat à terme de couverture au cours du jour de sa mise en place et leur contre-valeur en francs calculée en fonction du cours à terme. Cet écart d'actif a fait l'objet d'un amortissement sur la durée du contrat de couverture, la dotation annuelle ayant été déduite fiscalement à la clôture de l'exercice.

Par la suite, les sociétés ont finalement estimé que la totalité de l'écart comptabilisé à l'actif aurait dû être déduite pour sa totalité au titre de l'exercice de 1996. Afin d'obtenir une restitution de l'impôt sur les sociétés afférent à cet exercice, les sociétés ont déposé une réclamation auprès de l'administration fiscale en invoquant l'existence d'une perte définitive au titre de l'exercice clos le 29 février 1996 correspondant à la différence entre le cours au comptant et le cours à terme à la date de la mise en place de la couverture.

Face au rejet de leur demande par l'administration, les sociétés ont alors saisi le tribunal administratif qui, après avoir joint les deux affaires, a refusé de faire droit aux demandes des sociétés par un jugement en date du 20 octobre 2006. Un appel a donc été interjeté devant la cour administrative de Paris par les sociétés.

## II. LE REJET DE LA DÉDUCTIBILITÉ FISCALE DE LA PERTE EN L'ABSENCE DE DÉCLARATION DE POSITIONS SYMÉTRIQUES

Pour rejeter la déductibilité fiscale de la « présumée perte » sur la position perdante, la cour administrative s'est fondée sur l'omission des formalités imposées par l'article 38-6-3° du Code général des impôts au terme duquel lorsqu'une entreprise a pris des posi-

tions symétriques (c'est-à-dire des positions dont les valeurs et rendements subissent des variations corrélées telles que le risque de variation de rendement ou de la valeur d'une position est compensé par l'autre position), la perte sur l'une des positions n'est déductible des résultats imposables que pour la fraction qui excède le gain latent non encore imposé subsistant sur l'autre position. Les positions symétriques prises au cours de l'exercice et celles en cours à la clôture doivent être mentionnées sur un document annexé à la déclaration de résultat. À défaut, la perte n'est pas déductible du résultat imposable.

C'est donc sur un raisonnement fondé sur une application littérale et mécanique du texte de loi que la cour administrative d'appel a rejeté la demande des sociétés requérantes et refusé de reconnaître la déductibilité de la différence entre le cours comptant et le cours à terme du dollar.

Cependant, l'on ne peut que regretter que la cour d'appel ne se soit pas livrée à un examen plus approfondi des faits ou, plus précisément, qu'elle n'ait pas effectué une revue exhaustive de l'ensemble des éléments constitutifs d'une position symétrique avant de conclure dans le sens de la non-déductibilité.

## III. UNE DÉCISION INCOMPLÈTE

Dans l'arrêt rendu le 12 juin 2008, la cour d'appel se limite à constater le non-respect des formalités déclaratives. Or, pour bien faire, la cour aurait dû être plus précise dans les arguments invoqués au soutien de sa solution, et dérouler un raisonnement en trois temps : reconnaissance de l'existence d'une position symétrique, identification d'une perte compensée par un gain (imposable ou non) et enfin vérification de l'absence de déclaration de la position par les sociétés.

### L'existence d'une position symétrique

La cour d'appel retient implicitement (mais justement selon nous) l'existence d'une position symétrique sans toutefois la caractériser davantage.

On rappellera qu'une position symétrique est constituée par au moins deux éléments subissant des variations corrélées et en sens inverse, telles que le risque de variation de valeur ou de rendement de l'une d'elles est compensé par l'autre.

En l'espèce, les positions symétriques prises par les sociétés nous semblent caractérisées par l'existence d'une première position constituée par un emprunt libellé en dollars contracté par chacune des sociétés et d'une deuxième position composée d'un contrat d'achat à terme de dollars. À la clôture de l'exercice, chacune des branches de la position subit une variation de valeur en sens inverse. En effet, la hausse du cours du dollar entraîne la constatation d'une perte au niveau de la position emprunteuse et, à l'inverse, un gain au niveau de la position constituée par l'achat à terme de dollars. Inversement, une baisse du cours du dollar entraîne la constatation d'un gain latent sur la position emprunteuse et une perte latente sur l'achat à terme.

Cela étant dit, si la détermination de la position symétrique par la cour ne pose pas de difficulté particulière, en revanche, il n'en va de même pour la qualification de la « présumée perte » à laquelle la cour prétend appliquer le dispositif des positions symétriques.

### L'existence d'une perte subie sur l'une des positions

Dans l'affaire en cause, les sociétés ont comptabilisé en écart d'actif la différence entre la contre valeur des dollars objets du contrat à terme de couverture au cours du jour de sa mise en place et leur contre valeur en francs calculée sur la base cours à terme. C'est cet écart qui a fait l'objet d'un amortissement au plan comptable, que les sociétés ont souhaité déduire pour son intégralité à la clôture de 1996 et dont la cour a refusé la déductibilité au motif que les positions emprunteuses d'une part, à terme d'autre part, n'avaient pas été mentionnées sur un document spécifique annexé à la déclaration de résultat pour l'exercice clos de 1996.

Mais la cour d'appel a omis de s'interroger sur la nature exacte de cette charge, objet du litige entre l'administration fiscale et les sociétés, c'est-à-dire si le montant porté en charge était bien constitutif d'une perte au sens de l'article 38-6-3° du Code général des impôts.

De fait, l'écart qui a été déduit par les sociétés représente le report / déport, c'est-à-dire la différence entre le cours comptant au jour de l'achat à terme et le cours à terme (ou le cours garanti par le contrat à terme). Autrement dit, en l'espèce, il s'agissait du différentiel de taux d'intérêt entre le franc et le dollar fixé dès la mise en place de la couverture. Pour mémoire, une monnaie donnée est en report par rapport à une autre monnaie si son taux d'intérêt est, pour la période de référence, inférieur au taux d'intérêt de l'autre monnaie (l'autre monnaie est alors en déport par rapport à la première monnaie). Le report / déport représente donc la charge (ou le gain) attaché au coût de mise en place de la couverture.

Or, si l'on retient comme définition de la perte<sup>3</sup> la variation négative de valeur ou de rendement de l'élément commun aux deux branches, il ne nous paraît pas possible d'appliquer l'article 38-6-3° du Code général des impôts à une charge ou perte, en l'espèce le report / déport qui n'est pas liée à la variation de l'élément commun aux deux positions qui en l'espèce correspond à l'évolution des taux de changes.

En effet, la différence entre le cours comptant et le cours à terme est déterminée dès de la mise en place de la couverture de change. Le report / déport ne constitue donc pas une variation de valeur qui affecte les éléments constitutifs de la position prise par chacune des sociétés (en l'espèce l'achat à terme de devises et l'emprunt libellé dans la même devise), puisque son montant est fixé *ab initio*.

La cour d'appel de Paris a donc, selon nous, commis une erreur de droit puisque, en omettant de rechercher si le montant dont la déduction était contestée correspon-

dait effectivement à la variation du dollar, élément commun aux deux branches de la position symétrique, elle a refusé la déduction d'un montant qui certes constitue une charge de l'exercice, mais qui ne peut en aucun cas être qualifié de perte au sens de l'article 38-6-3° du Code général des impôts.

Par conséquent, les dispositions de l'article 38-6-3° du Code général des impôts n'avaient, selon nous, pas lieu à s'appliquer au cas d'espèce.

### Sur la nécessité de déclarer les pertes

Selon l'article 3 du décret du 28 mars 1988 n° 88-316, les entreprises doivent à la clôture de chaque exercice, recenser l'ensemble des pertes sur les instruments financiers susceptibles d'affecter les résultats de cet exercice et de s'assurer qu'elles ne sont pas compensées en partie ou en totalité par des gains non encore imposés sur d'autre position de même nature. Les pertes ainsi compensées doivent faire l'objet d'une déclaration et ne peuvent affecter le résultat imposable qu'à hauteur de la fraction qui excède les profits non encore imposés sur les autres positions<sup>4</sup>.

Comme précédemment évoqué, la cour d'appel a fait une application mécanique de l'article 38-6-3° du Code général des impôts, en rejetant la déductibilité de ce qu'elle considère être une perte, en raison du non-respect des obligations déclaratives imposées par les textes.

Faut-il à cet égard rappeler que lors des travaux préparatoires de la loi du 17 juin 1987 Alain Juppé soutenait que « la sanction du défaut de déclaration doit être en rapport avec l'avantage que l'entreprise pourrait trouver à ne pas déclarer ses positions symétriques. C'est la raison pour laquelle il a été prévu qu'à défaut de déclaration de ses positions, la perte sur une position ne serait pas déductible par l'entreprise ».

Or, on comprend mal quel avantage peut retirer une entreprise de la prise de positions symétriques, quand, comme dans le cas étudié, les profits symétriques sont effectivement imposés à la clôture de chaque exercice, puisque l'article 38-4° du Code général des impôts prévoit que les créances et dettes libellées en monnaies étrangères sont évaluées à la clôture de chaque exercice en fonction du dernier cours de change, et que les écarts de conversion en résultant sont pris en compte pour la détermination du résultat imposable.

Pour conclure, nous pensons que si la cour d'appel de Paris a très certainement eu tort de rejeter la déductibilité de la charge qui résultait de la différence entre le cours comptant et le cours à terme du dollar au seul motif que les obligations déclaratives de l'article 38-6-3° du Code général des impôts n'avaient pas été respectées, il lui aurait en revanche été loisible de refuser la déduction de tout ou partie de la perte en application du seul article 38-6-1° du Code général des impôts (évaluation des contrats à terme d'instruments financiers à la valeur de marché à la clôture de chaque exercice) ou 38-2 du Code général des impôts (rattachement des

3. Il s'agit de la définition retenue par l'administration fiscale, instruction administrative, du 20 avril 1988, n° 20.

4. Instruction administrative 4A-4-88, 20 avril 1988 n° 24.

produits des prestations continues au fur et mesure de leur exécution, ce qui en matière financière se traduit par un rattachement linéaire ou actuariel des intérêts ou différentiels d'intérêts courus).

En faveur de la thèse du contribuable, toutefois, on se rappellera de la position exprimée par Marie-Dominique Halgelsteen, commissaire du Gouvernement, développée sous l'arrêt du Conseil d'État du 16 décembre 1992<sup>5</sup>, sous une espèce similaire : une société avait couvert deux emprunts libellés en dollars par un contrat de couverture de change et avait, à la clôture de l'exercice, déduit en perte exceptionnelle la différence entre la contre valeur en francs des emprunts à la date de la couverture et leur contre valeur en francs en fonction du cours à terme. Dans cette affaire, le commissaire du Gouvernement avait soutenu que l'entreprise pouvait procéder à la déduction de la perte. Conformément à cette position, les arguments avancés par la société dans l'arrêt du 12 juin 2008, auraient pu prospérer et la requête de la société aboutir. Au terme des conclusions précitées, il est en effet indiqué que :

– « Le contrat de couverture de change à terme, qui fixait le cours de la monnaie étrangère à l'échéance, fixait aussi définitivement pour elle, le coût en franc de cet emprunt [...] » ;

– « Ce coût était à rapprocher du produit en francs effectivement retiré de l'emprunt en dollars qu'elle avait souscrit [...] » ;

– « la différence entre ces deux sommes ne pouvait donc s'analyser que comme une perte de change définitivement et immédiatement déductible ».

« Effectivement », selon le commissaire du Gouvernement, « par un contrat de change à terme de la nature de celui souscrit, l'entreprise détermine et fixe dès le départ son risque de change qui, ensuite, ne peut plus varier. Il s'agit donc bien d'une perte déductible du résultat de l'exercice au cours duquel elle peut être constatée ».

Malheureusement pour le contribuable, la portée de cette position ne pouvait qu'être remise en cause sous l'empire du régime issu de loi sur l'épargne du 17 juin 1987, qui impose une évaluation des instruments financiers à terme, en l'espèce l'achat à terme de devises, en fonction du cours à terme à la clôture de l'exercice.

Si l'on suppose toutefois que les contribuables ont correctement appliqué l'article 38-4 du Code général des impôts à la position emprunteuse, se pose alors la question de savoir quelles auraient été les conséquences d'une correcte application de l'article 38-6-1° du Code général des impôts aux achats à terme de dollars, sur le résultat fiscal des sociétés requérantes. De fait, la perte ou le gain résultant de l'évaluation à la clôture de l'exercice du contrat d'achat à terme de devises au cours à terme, comporte plusieurs éléments distincts : d'une part, l'amortissement du report / déport du fait du passage du temps et, d'autre part, la prise en compte de l'évolution des taux d'intérêts et des devises entre la date de conclusion du contrat et la date de clôture de l'exercice. Dès lors, si l'on suppose que les taux des intérêts sont restés stables sur cette période, l'application de l'article 38-6-1° du Code général des impôts revient à évaluer le contrat à terme par rapport au cours comptant de clôture (évaluation qui se compense avec l'évaluation symétrique de la position emprunteuse du fait de l'article 38-4 du Code général des impôts) et à amortir le report / déport sur la durée de vie restant à courir du contrat à terme. Autrement dit, en aucun cas, l'application des règles issues de la loi sur l'épargne ne permet de déduire immédiatement la totalité de la charge résultant de la différence entre le cours comptant et le cours à terme contrairement à ce qu'invoquait la société dans l'arrêt commenté. ■

5. CE, 16 décembre 1992, req. 84010.